ROBERTO GARGARELLA

MANIFIESTO POR UN DERECHO DE IZQUIERDA



ROBERTO GARGARELLA

MANIFIESTO POR UN DERECHO DE IZQUIERDA



siglo veintiuno editores

Índice

Roberto Gargarella

MANIFIESTO POR UN DERECHO DE IZQUIERDA


siglo veintiuno
editores

Gargarella, Roberto

Manifiesto por un derecho de izquierda / Roberto Gargarella.- 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2023.

Libro digital, EPUB.- (Singular)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-801-286-5

1. Derecho. 2. Política. 3. Sociología. I. Título.

CDD 341

<www.sigloxxieditores.com.ar>

Diseño de cubierta: Emmanuel Prado / <manuprado.com>

Digitalización: Departamento de Producción Editorial de Siglo XXI Editores Argentina

Primera edición en formato digital: octubre de 2023

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

ISBN edición digital (ePub): 978-987-801-286-5

A quienes dicen que no

Sobre el origen de este libro

Este libro nace de los modos –buscados, hallados y recibidos– en que estudié el derecho durante todos estos años. Ingresé a la carrera de Derecho en 1982, cuando en mi país todavía se vivía en dictadura. La disciplina que conocí en mis inicios lucía rasgos conservadores, se enseñaba de manera extremadamente rígida y autoritaria. Un año después, me incorporé a la carrera de Sociología, mientras la Argentina comenzaba a transitar su maravillosa primavera democrática. Esa segunda carrera (que por entonces tenía sede en los subsuelos o “catacumbas” de la Facultad de Derecho) se impartía de modo desafiante y festivo, con insistentes guiños al viejo marxismo, e invitaba a pensar críticamente lo que uno aprendía en las aulas vecinas en torno a las leyes.

Tiempo después, viví tensiones y contradicciones semejantes durante mis estudios de doctorado en la Universidad de Chicago, conocida por sus enfoques conservadores del derecho y la economía (de allí provienen, como sabemos, los “Chicago boys” de triste desempeño en América Latina, en razón de los servicios que supieron brindar a diferentes dictaduras). En esa fabulosa meca del conservadurismo, tuve la oportunidad de completar mis estudios doctorales bajo la tutoría de un grupo de docentes excepcionales, de refinada formación socialista: los denominados “marxistas analíticos”, que habían propuesto desarrollar un “marxismo sin tonterías” (non-bullshit marxism). Una vez más, reconocí el valor y la importancia de pensar el derecho desde la izquierda; sobre todo, por encontrarme en espacios abiertos a ejercer la crítica y, a la vez, necesitados de ella.

Completé mi formación con estudios posdoctorales en Oxford, un ámbito maravilloso, preferido por la aristocracia inglesa, cuna de privilegios y de insoportables arrogancias. Había allí profesores de cualquier ideología –radicales, anarquistas, socialistas–. Conocí allí al inigualable marxista Gerald Cohen, que encarnaba el ideal del intelectual comprometido al máximo con su objeto de estudio: lo abordaba tan profundamente que lo criticaba hasta el extremo, hasta deshacerlo y tornarlo insustancial e indefendible (lo hizo con sus principales sujetos de análisis crítico: Marx, Nozick y Rawls). En su memoria, e

inspirado por su claridad, su agudeza única, su compromiso público y su ironía infinita (por él, desde la lejanía), escribo este libro.

Prefacio para escépticos

En este libro o manifiesto, me propongo reflexionar sobre la forma y el contenido que podría tener un derecho de izquierda, es decir, uno al servicio de una comunidad de sujetos libres e iguales. El trabajo surge de la insatisfacción y de cierta tristeza por el estado del mundo jurídico actual, conformado por normas creadas, aplicadas e interpretadas por unos pocos (políticos profesionales, jueces, fuerzas de seguridad) en su propio beneficio; por un conjunto de abogados ansiosos por poner sus vínculos y destrezas a disposición del poder, favoreciendo su impunidad y el enriquecimiento de algunos; por un amplio cuerpo de docentes que enseñan un derecho que hace tiempo los aburre y sobre el cual han dejado de pensar de manera crítica.

En todo caso, este libro está dedicado a quienes no se instalan cómodamente en esos lugares, a quienes continúan sintiéndose entusiasmados y comprometidos con el derecho y que, con la imprescindible ayuda que ese derecho promete, aún pretenden cambiar el mundo.

* * *

Para muchos, la decisión de vincular al derecho, y especialmente al derecho constitucional, con una ideología de izquierda puede resultar controversial; incluso, innecesariamente provocativa. Sin embargo, me interesa presentar ese vínculo no como algo polémico o antojadizo, sino más bien, razonable u obvio. Por supuesto, todo lo que diga al respecto dependerá de los conceptos y definiciones iniciales. Si asociamos a la ideología de izquierda (o, para el caso, a la de derecha) con sus versiones más extremas y poco atractivas, la discusión pierde valor y sentido. Cualquier ideología entendida en su peor versión puede

ser señalada como la principal responsable de masivas y gravísimas violaciones de derechos (persecuciones a los disidentes, censura, opresión, explotación). Contra dicha infecunda posibilidad, propongo pensar “en su mejor faceta” las ideas y conceptos que utilicemos, y –ya para la izquierda– hacer el intento de desentrañar las posibles implicaciones jurídicas, es decir, el significado y los efectos de un “derecho de izquierda”.

En ese sentido, voy a asociar la idea de izquierda con algunas nociones de sentido común (que derivan de nuestro uso cotidiano y compartido del término “izquierda”), que luego iré precisando y refinando. Si, por ejemplo, relacionamos al pensamiento de izquierda con valores como la igualdad, la idea de cambio progresivo o la justicia social, se empieza a entender mejor por qué esa asociación puede considerarse como algo “natural”. La Constitución – cualquier Constitución– es, ante todo, un pacto entre iguales, el acuerdo fundacional mediante el cual personas situadas en pie de igualdad establecen las reglas y principios que organizarán su vida en común.

La idea de igualdad que aparece en esa definición –el núcleo mismo del constitucionalismo– no debe ser entendida en un sentido descriptivo –ya que sabemos que las personas son diferentes entre sí, que tienen distintas capacidades–, sino normativo. Para el constitucionalismo, resulta crucial la idea de que las personas son iguales en un sentido fuerte: en cuanto a su igual dignidad moral o en cuanto merecedoras de igual consideración y respeto en todas las situaciones. No resulta extraño, por lo tanto, que el jurista Ronald Dworkin (tal vez el principal y más influyente filósofo del derecho de los últimos cincuenta años) haya destinado uno de sus principales libros a reflexionar sobre la igualdad como virtud soberana (Dworkin, 2000), o que el canadiense Will Kymlicka (uno de sus célebres discípulos) haya presentado a la filosofía política contemporánea como una serie de variaciones o relecturas de cómo entender el igualitarismo (Kymlicka, 1990). Esto significa que, para la teoría contemporánea, la asociación entre derecho, justicia e igualdad resulta “natural” antes que extraña.

Dicho esto, puede entenderse mejor por qué tiene sentido conectar constitucionalismo e izquierda. En efecto, hay una estrecha relación entre el pensamiento de izquierda y la idea de igualdad, también entre la ideología de izquierda y las ideas de cambio progresista y justicia social. Si el constitucionalismo representa un pacto entre iguales, no cabe duda de que poner en vigencia ese “derecho de los iguales” en contextos marcados por profundas

desigualdades efectivas requiere introducir cambios severos (económicos, legales) y adoptar medidas destinadas a afirmar la justicia social o a democratizar el poder. En definitiva, las importantes continuidades entre el derecho, los ideales igualitarios y el pensamiento de izquierda no merecen ser consideradas como polémicas o controvertidas, sino como "naturales" u obvias.

Este libro explora y esclarece el contenido y los contornos de esas relaciones, en busca de confirmar de qué forma merece interpretarse el derecho en contextos injustos y de fuerte desigualdad, y de qué manera corresponde aplicarlo o modificarlo para que pueda honrar los principios igualitarios que lo distinguen y lo fundan. En este sentido, intentaré demostrar por qué un "derecho de izquierda" debe comprometerse no solo con una idea fuerte de democracia ("autogobierno colectivo"), sino también con una noción robusta de libertad personal ("autonomía personal"); por qué tenemos que defender una noción de participación política que vaya mucho más allá del mero ejercicio del voto (por "sí" o por "no" a "paquetes cerrados" de opciones definidas por otros). Además, demostraré por qué y de qué modo la defensa de un debate público, abierto e inclusivo debe distinguirse de las (hoy comunes) alternativas plebiscitarias o "populistas"; por qué la izquierda, en su habitual defensa de la democratización del poder, debe posicionarse siempre en contra de esa concentración en pocas manos (las del líder o "salvador" de turno); por qué, en contextos caracterizados por una irreparable crisis de representación, el Congreso no puede continuar siendo considerado como la principal expresión de la "soberanía popular", ni los tribunales quedar a cargo de la última interpretación sobre lo que significa el derecho; por qué, en contextos institucionalmente degradados, la "protesta social" adquiere un valor especial que necesita ser resguardado antes que combatido; o, al final, por qué una sociedad que toma a sus miembros como seres igualmente dignos debe asegurar una distribución de recursos diferente, en la que las personas dejen de beneficiarse o perjudicarse por hechos de los que no son responsables, como las injusticias que se producen con relación a su género, su color de piel o el barrio o contexto familiar en el que, por azar, han nacido.

La tarea que me propongo no es meramente abstracta, teórica o un ejercicio de vanidad intelectual (la "jactancia de los intelectuales", como supo decir alguien). Para quienes vivimos en sociedades injustas, desiguales y –muchas veces– crueles, la tarea consiste en repensar el derecho para modificarlo a la luz de ideales igualitarios, tarea que adquiere hoy un carácter necesario, imperioso y urgente.

* * *

Para aligerar lo más posible la lectura del texto, he intentado liberarlo de citas persistentes y referencias a autores, un sesgo que los académicos tenemos demasiado arraigado. Quienes deseen seguir profundizando en ciertos temas están invitados a consultar, en la sección final, la bibliografía en la que me he apoyado, organizada en función de los ejes principales que estructuran este trabajo.

1. ¿A qué llamamos derecho de izquierda?

Una definición desde la historia y la filosofía política

Pensar la crisis democrática a partir de una perspectiva jurídica de izquierda

A comienzos del siglo XX, y en un período dominado por las dos guerras mundiales, nuestras sociedades atravesaron una gran crisis en materia de derechos. Como consecuencia del horror producido por esas contiendas y las masivas y gravísimas violaciones de derechos que generaron, comenzamos a poner atención en los derechos humanos, pensar en ellos y comprometernos jurídicamente, en especial, desde la izquierda política y doctrinaria. Si bien nuestras respuestas fueron intensas y sistemáticas, en ocasiones se limitaron a un enfoque de carácter más jurídico que político (por ejemplo, las declaraciones de derechos supervisadas por tribunales). Sin embargo, durante décadas, superpusimos sobre esas viejas y perdurables heridas una nueva capa de dificultades, relacionada con una extendida crisis de la democracia. Solo recientemente tomamos conciencia de la relevancia del asunto y comenzamos a desarrollar acciones frente a él. No obstante, las respuestas que ofrecemos (particularmente, desde la izquierda) parecen desconocer la naturaleza estructural del problema, ya que suelen ser meramente reactivas y a ciegas, casi irreflexivas. Esto sucede, muchas veces, como producto de una combinación de falencias, que incluye errores de diagnóstico, inercia, ausencia de pensamiento crítico y también –a pesar de todo– cierto menosprecio por el derecho. En este escrito, me propongo ayudar a remediar esas falencias y contribuir, desde la izquierda política, a revitalizar nuestra reflexión jurídica. Y, para esto, la pregunta guía es ¿cómo podemos abordar el derecho desde la izquierda en el marco de esta nueva crisis democrática?

Fundamentalmente, la gravedad que reviste esta crisis y, a la vez, la fragilidad o inadecuación de las respuestas que venimos aportando desde la izquierda –en especial, quienes pensamos el derecho desde el compromiso con una ideología

de izquierda– son las grandes motivadoras de este trabajo. Para ilustrar tanto la profundidad como la seria imperfección de las respuestas suscitadas, pienso en situaciones como las siguientes:

El Caracazo en Venezuela (1989). Me refiero al levantamiento popular extraordinario que siguió a los incrementos del costo de la gasolina y del transporte, dispuestos por el presidente Carlos Andrés Pérez. Las protestas generaron cientos (según algunos, miles) de muertos a manos de las fuerzas de seguridad y, en los hechos, cambiaron la vida política del país, con la caída del viejo régimen político. Las consecuencias institucionales derivadas de ese cimbronazo fueron múltiples; e incluyeron, de modo notable, el ascenso del general Hugo Chávez y –con él en el poder– un inmediato cambio constitucional que terminó por consolidar el poder político en manos de una sola persona. La actual "deriva autoritaria" venezolana responde, en parte, a aquella crisis y a aquella infortunada renovación institucional.

Los cacerolazos en la Argentina de 2001. La explosión social que siguió a la grave crisis económica y bancaria durante el gobierno de Fernando de la Rúa conllevó una cuarentena de muertos a manos de las fuerzas de seguridad. La sociedad, que se manifestó en las calles durante semanas, se movilizó bajo un pedido generalizado de renovación de la clase política: "Que se vayan todos". Pero ese extendido reclamo culminó, prácticamente, en la nada: ni se renovó la dirigencia política ni se cambiaron o se intentaron cambiar las instituciones básicas.

El movimiento 15-M, de los Indignados, en España. Comenzó el 15 de mayo de 2011, con miles de jóvenes que acamparon de forma espontánea en diferentes plazas españolas, en demanda de una democracia renovada y más participativa. Dichas manifestaciones, que se desarrollaron en paralelo a otras similares en Grecia (con Syriza) o incluso en los Estados Unidos (Occupy Wall Street), culminaron de manera apagada y desafortunada. En

este caso, la efervescencia social se tradujo en el nacimiento de un nuevo grupo político (Podemos), que muy pronto terminó fagocitado por el viejo sistema político.

El fallido intento de Evo Morales por lograr una cuarta (¡cuarta!) reelección en Bolivia. Los sucesos se desataron en ese país, en 2017, luego de que el Tribunal Constitucional declarara que se violaban los derechos políticos del ciudadano Morales al impedírsele volver a presentarse en las elecciones presidenciales. Cabe destacar que la "prohibición" de una nueva reelección la establecía no la oposición, ni un tribunal "enemigo", sino la valiosa Constitución promovida por el mismo Morales, aprobada en 2009. Por otro lado, la decisión del Tribunal dejaba de lado una consulta popular convocada por Morales para conseguir el aval ciudadano en su nuevo proyecto reeleccionario, y que había perdido por 51 a 49%.

Más recientemente, el "estallido social" en Chile consistió en una explosión de protestas, desatada tras un largo proceso que comenzó con el aumento de las tarifas en los servicios básicos (en este caso, del sistema de transporte público de la ciudad de Santiago), el 6 de octubre de 2019. Estas protestas fueron lideradas por estudiantes secundarios, quienes comenzaron a evadir el pago de la tarifa del Metro de Santiago. El gobierno dispuso, primero, el estado de emergencia y, luego, el toque de queda, lo que exacerbó aún más las protestas (se cuentan más de treinta muertos y miles de heridos, muchos de gravedad). La deslegitimación del gobierno de Piñera en particular, y de la dirigencia política en general, llegó a un nivel tal que se propuso llamar a una Asamblea Constituyente para tratar de refundar el sistema institucional, todavía asentado en las bases constitucionales que había diseñado el pinochetismo. La Asamblea –compuesta por una mayoría de candidatos independientes– culminó sus trabajos en 2022 y sometió entonces su propuesta a una consulta popular ("plebiscito de salida", tal como se lo había programado), que resultó rechazada por más del 60% de la población en septiembre de ese mismo año.

Selecciono estos casos –de crisis democrática, levantamientos populares y

búsquedas de alternativas institucionales– entre tantos otros por la enorme importancia de cada uno, pero, sobre todo, porque nos ilustran acerca de las indebidas respuestas constitucionales y legales que hemos dado (en particular, desde la izquierda política y doctrinaria). En ocasiones, la contestación ha sido la perplejidad, el simple no saber qué hacer. Otras veces, ha sido concentrar el poder legal sin mayores miramientos, de manera ingenua, en aquel que graciosamente invoca nuestro nombre (el presidente salvador que promete estar de nuestro lado). En algunos casos, la respuesta ha sido la plebiscitaria, como si la famosa voluntad popular pudiera reducirse a un instante y traducirse en un “sí” o un “no”. Otras veces, en cambio, lo que se hizo fue apelar a algún tribunal amigo, con el fin de saltearse o invalidar una legalidad que nos incomoda, sin importar siquiera que dicha norma fuera el producto de una consulta popular, es decir, tomar el derecho como sea, y solo si nos conviene. El trabajo que sigue está motivado por este tipo de angustias, provocadas por un edificio institucional que se cae a pedazos y un sistema democrático que se ha ido vaciando de sentido. Este manifiesto se propone volver a dotar de sentido al orden jurídico, y ayudar a pensar hacia dónde ir: buscamos respuestas sensibles frente al derecho e interesadas en cambios radicalmente democráticos.

Alienación legal y explotación a través del derecho

En la sección anterior, expresé con algunos ejemplos el estado de angustia y desconcierto generado por la vida jurídica e institucional de nuestras democracias reales. Permítanme traducir lo anterior en una forma apenas más abstracta, retomando dos categorías de linaje marxista: la alienación y la explotación.

El derecho como una voz extraña

La idea es que vivimos hoy en el marco de comunidades jurídicas muy defectuosas, respecto de las cuales en buena medida hemos perdido el control. Podría decirse que en un momento nos integramos a dichas comunidades y les dimos nuestro aval, a partir de la promesa de que las normas destinadas a organizarlas serían nuestras y estarían a nuestro servicio. Ellas reflejarían nuestras aspiraciones y nos ayudarían a realizarlas. Sin embargo, el hecho es que desde muy temprano tales normas, que se pretendían nuestras y que prometían servir a nuestra libertad, pasaron a operar en una dirección opuesta: la organización jurídica apareció cada vez más dirigida a limitar nuestras libertades. De ese modo, nuestras vidas comenzaron a aparecer restringidas por las mismas normas que se proponían liberarnos. Las normas que se habían escrito en nuestro nombre y, supuestamente, a nuestro favor –a favor de We, the People o “Nosotros, el Pueblo”– resultaban escritas por unos pocos, en su propio beneficio y, lo que es peor, con una fuerte desconfianza en la ciudadanía.

A partir de lo dicho, podemos hablar de “alienación jurídica”, retomando los términos que empleaba Karl Marx para hablar de la alienación o enajenación en el ámbito del trabajo. Decía Marx:

El objeto que produce el trabajo, su producto, se enfrenta al trabajo como un ser ajeno, como una fuerza independiente del productor […] la enajenación del trabajador en su producto significa no solo que el trabajo de aquel se convierte en un objeto, en una existencia externa, sino también que el trabajo existe fuera de él, como algo independiente, ajeno a él; se convierte en una fuerza autónoma de él; significa que aquella vida que el trabajador ha concedido al objeto se le enfrenta como algo hostil y ajeno […] el trabajador se convierte, pues, en siervo de su objeto (Marx, 2006: 106-108).

Para lo que llamo “alienación jurídica”, la idea de base es la misma a la que

apelaba Marx: en un sentido no trivial, ni puramente metafórico, pasamos a estar sometidos, controlados por aquello que habíamos ayudado a construir esperando que sirviera a nuestra liberación: ahora vemos el derecho como un objeto extraño, “como una fuerza independiente del productor”, ajeno o externo a quien se suponía lo había creado. De este modo, cada ciudadano “se convierte en siervo de su objeto”: en este caso, “siervo” del derecho que había creado para ganar libertad.

En materia jurídica, dicha situación de enajenación aparece como la contracara de otra, en la cual la comunidad se reconoce como plenamente autora del derecho que la rige y al que controla, y, por lo tanto, a través del derecho, dueña de su propio destino. Esta situación –el extremo contrario de la alienación jurídica– es equivalente a la descripta por Rousseau cuando decía que en una comunidad autogobernada las personas pueden considerarse dueñas del derecho, en el sentido más fuerte: cada uno escucha su propia voz cuando escucha la “voz” del derecho; cada uno ve su propio rostro reflejado cuando mira las palabras del derecho.

La noción de “alienación legal” y otras similares parecen haber ganado algún lugar dentro de la discusión contemporánea en materia de teoría jurídica. Por ejemplo, el notable filósofo del castigo R. A. Duff emplea un lenguaje muy cercano al que hemos utilizado para reflexionar sobre la validez del derecho y el deber de obedecerlo (o no). En sus términos:

Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que, en los hechos, aunque de un modo no buscado, se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no refleja un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser la suya, entonces la idea de que ellos, como ciudadanos, se encuentran atados a las leyes y que deben responder a la comunidad se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad socavan la idea de que ellos se encuentran

atados por el derecho. Ellos solo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía al negarles el respeto y la consideración que se les debe como ciudadanos (Duff, 2001: 195-196).

Nosotros, con Duff, podemos decir que solo tenemos razones para obedecer el derecho cuando podemos, genuinamente y en un sentido no trivial, reconocerlo como "nuestro": cuando podemos reconocernos nosotros mismos como sus autores. La intuición que guía este trabajo sugiere, en cambio, que la mayoría de nosotros, en la actualidad, no está en condiciones de afirmar algo semejante: lo que predomina es un sentido compartido de alienación legal.

El derecho al servicio de unos pocos

Lo que ocurre y explica esa transformación del derecho –el que tiende a oprimir a aquellos a quienes venía a liberar–, el mecanismo en juego, no tiene que ver con teorías conspirativas ni fantasías u ocurrencias de ningún tipo. Lo que ocurre parece vincularse, más bien, con un encadenamiento de sucesos o desarrollos esperables que culminan con la dominación de unos pocos. Si las reglas básicas de la sociedad –su Constitución, sus leyes organizativas principales– son redactadas, aplicadas e interpretadas por unos pocos, no es raro que esas normas terminen sirviendo a la libertad de algunos (los que están a cargo de aquellas tareas principales), más que a la de todos. Sería extraño que los pocos a cargo de la redacción de las leyes, pudiendo hacerlo de modo tan diferente, las escriban de una manera que conspire contra sus propios intereses; que quienes las apliquen lo hagan, aun ocasionalmente, contra ellos mismos, pudiendo hacer lo contrario; o que aquellos que las interpretan, con la posibilidad de hacerlo de modos tan diferentes, actúen en contra de sus propios intereses. Esta misma explicación, de sentido común, es la que llevó a Jon Elster a abandonar su entendimiento inicial sobre la Constitución como una forma en que “la sociedad” se “ata las manos” a fin de ganar libertad futura –como lo supo hacer Ulises, enfrentado al canto de las sirenas (Elster, 1988)–, para sostener, pocos años después, que lo habitual y esperable es lo contrario, porque, “en política, la gente nunca trata de atarse a sí misma, solo trata de atar al resto” (Elster, 2000: ix). Esto –aceptaba resignadamente Elster– es lo que suele ocurrir en situaciones normales: no es la sociedad entera la que escribe esas normas constitucionales, sino una minoría, por lo cual no es concebible hablar de “atarse uno mismo las manos”, como en el caso de Ulises.

Al respecto, cabe pensar qué es lo que tiende a ocurrir cuando, con el paso del tiempo, quienes redactan, aplican e interpretan el derecho comienzan a actuar como clase ante los privilegios y oportunidades con las que cuentan: una clase con intereses propios, alejada del control de la ciudadanía y libre de mecanismos apropiados para responsabilizarlos por sus faltas e inacciones. En estos casos, lo más esperable es que el derecho comience a servir para que la clase dirigente expanda sus libertades y beneficios de espaldas a la ciudadanía o, lo que es peor,

a través de la toma de ventajas inequitativas, es decir, a través de lo que Gerald Cohen llamaría “la explotación del resto” (Cohen, 1979). Aquí podríamos hablar, entonces, de la “explotación jurídica” de la comunidad.[1] La idea de “explotación” nos remite a relaciones y estructuras dentro de las cuales priman situaciones de abuso, toma de ventajas inequitativas, carencia de reciprocidad, entre otros. Pienso en casos de explotación a través del derecho, en los que, por ejemplo, el derecho pasa a ser un instrumento al servicio de unos pocos, que lo usan para beneficio propio. El derecho consagra y legitima de esta manera, típicamente, situaciones de injusta desigualdad; permite la reproducción de esas situaciones abusivas a lo largo del tiempo, y amenaza con sanciones a quienes desafían o ponen en riesgo la preservación de esas desigualdades.

Este es el contexto legal en el que nos encontramos, marcado por situaciones de alienación jurídica, que se distinguen por nuestra pérdida de control sobre el derecho que se suponía nuestro y a nuestro servicio; y de explotación legal, en tanto unos pocos instrumentan ese derecho pretendidamente universal y democrático para su propio beneficio, rodeando esas ventajas de un cerco que confina a una mayoría de la población en los márgenes del derecho, convirtiendo sus acciones en extrajurídicas o antijurídicas, es decir, contrarias al derecho que debería ser común: el derecho de todos.

Para definir el derecho de izquierda: autogobierno colectivo, autonomía personal

En las páginas que siguen me interesa discutir sobre los contenidos y contornos posibles de un derecho de izquierda. Es inevitable que lo que diga resulte controvertido, y toda esa controversia dependerá, en definitiva, del primer paso que aquí voy a dar, esto es, la definición que ofrezca sobre la idea de "izquierda". El problema es mayúsculo, dado que no contamos con acuerdos claros en la materia. Acordamos, tal vez, en el valor de algunas ideas muy abstractas que vinculamos con la izquierda, como la igualdad o la justicia social, pero dentro de la historia política esa expresión se ha utilizado para designar experiencias demasiado dispares, incluso contradictorias entre sí (desde gobiernos de base asamblearia hasta dictaduras que invocaban a un pueblo al que ignoraban en todos sus demás actos). Como si lo anterior no fuera suficiente para generarnos problemas, también sucede que, dada la enorme carga emotiva que concita la palabra "izquierda" (tanto a favor como en contra), existe la extendida inclinación a incluir dentro de dicha noción todo lo que uno quiere (todo lo que a uno le interesa desde un punto de vista ideológico), de forma tal de poder utilizar el término como arma retórica más que como herramienta de análisis.

Comienzo, entonces, a partir de un lugar común, más o menos indisputable. El origen de "izquierda" y "derecha" proviene de la Asamblea Nacional de agosto-septiembre de 1789 que siguió a la Revolución Francesa. Allí se distinguió entre dos posiciones principales, a las que se designó conforme al lugar donde cada grupo se sentaba. Quienes defendían la autoridad del rey y su poder de veto –en general, diputados relacionados con la aristocracia y el clero– se sentaban a la derecha del presidente de la Asamblea, mientras que quienes se oponían al veto real y defendían la centralidad de la Asamblea Popular en la nueva Constitución se sentaban a la izquierda. Pues bien, la aproximación que hemos iniciado al concepto de izquierda no resulta mayormente disonante con esta definición original y, en más de un sentido, primitiva. Hablamos, en efecto, de una concepción particularmente comprometida con una idea democrática fuerte (que coloca en el centro alguna noción de la voluntad popular o la soberanía del pueblo), que como tal se opone al poder concentrado, y que a la vez no se

identifica con el poder de la aristocracia y el clero o depende de él.

A la luz de dificultades como las señaladas, en lo que sigue propondré una definición que resulta de un ejercicio posible de equilibrio reflexivo entre ciertos hechos históricos o eventos que –de modo más o menos compartido– tendemos a asociar con la izquierda, y ciertos principios y criterios más abstractos (Rawls, 1971).

En tal sentido, propongo definir el “derecho de izquierda” como un ordenamiento jurídico que busca honrar dos ideales fundamentales: el autogobierno colectivo (una idea de democracia radical, que alude a la posibilidad efectiva de que cada sociedad se gobierne de acuerdo con sus propias leyes, y de ese modo se convierta en dueña plena de su propio destino); y la autonomía personal, es decir, el derecho de cada uno a vivir su vida conforme a sus propios designios: a expresarse libremente, a manifestarse, a juntarse con otros en grupos, a ejercer su sexualidad con libertad y como dueño de su propio cuerpo, etc. Esta definición (tributaria, en definitiva, de la tesis habermasiana de la cooriginalidad de los conceptos de autonomía pública y privada, derechos humanos y autogobierno, liberalismo y republicanismo, constitucionalismo y democracia) comienza a completarse cuando reconocemos algunos de los elementos implicados en ella (Habermas, 1996, 2001).[2] Pienso, fundamentalmente, en la central preocupación que ha mostrado siempre la izquierda por la cuestión social o lo que podríamos llamar, de modo más general, el principio de igualdad; o bien, de modo más específico, las condiciones materiales de la libertad personal y el autogobierno colectivo.

En todo caso, nos interesa notar que esos ideales que, enunciados de modo abstracto, parecen simples teorizaciones, tal vez caprichosas, nos remiten muy directamente a experiencias históricas concretas. Intuiciones que, como las expuestas, han sido transitadas de modo cuidadoso por la teoría (y de las que me he ocupado con algún detalle, por ejemplo, en Gargarella, 2021) encuentran un importante respaldo histórico: muchas de las experiencias más radicales e interesantes de transformación social y cambio institucional que reconocemos en el pasado (incluidos todos los grandes procesos revolucionarios de nuestro tiempo) tienen vinculación directa con ideales abstractos como los señalados (autogobierno colectivo, autonomía individual). Así ocurrió desde la Revolución Inglesa (que en 1688 puso fin a la monarquía absoluta) hasta la Revolución Francesa de 1789 (destinada a terminar con el Antiguo Régimen, encabezado entonces por Luis XVI) y las revoluciones independentistas de los Estados

Unidos y de América Latina (que, entre fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, pusieron término a la época de las dominaciones británica, española y portuguesa en las Américas), hechos que también afianzaron todos los procesos de descolonización que se aceleraron, en África principalmente, desde mediados del siglo XX.

La idea de una definición histórica y evolutiva del término “izquierda” (y el de “derecha”) aparece retomada en el Diccionario de política, editado por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, que se apoya de manera especial en aquel episodio de la Revolución Francesa, para avanzar hacia una definición que la vincule con los conceptos de “república” y “democracia” (Bobbio y Matteucci, 1981: 862-863). En línea con los relevantes e influyentes escritos de Bobbio en la materia (en particular, Bobbio, 1995), el Diccionario busca mostrar la complejidad y los matices propios de los conceptos en juego, aunque finalmente (y de manera decepcionante, en mi opinión) termina por identificar la noción de “izquierda” con las de “progreso” y “cambio”, y a las personas de izquierda con aquellas que “se empeñan en renovar el orden existente” (Bobbio y Matteucci, 1981: 862). Si bien el anclaje en la Revolución Francesa resulta apropiado, indiscutible, las referencias a las ideas de “progreso”, “cambio”, o la renovación del “orden existente” terminan por ser imprecisos. Y es que a la izquierda, aun en una aproximación como la que ofrece el Diccionario, no le interesa el cambio porque sí, o cualquier tipo de renovación del orden vigente, sino ciertos cambios en particular, que en algún momento –por caso, frente a un orden justo– pueden implicar incluso la preservación del orden establecido. Guarda más interés, por tanto, una definición de los términos “izquierda” y “derecha” como la que se propone en The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions (Bogdanor, 1987). Allí se examina cómo evolucionaron estos conceptos desde la Revolución Francesa y luego a partir de la Revolución Industrial. En relación con la primera, se identifica a la izquierda con la idea de que la soberanía reside en el pueblo y con políticas republicanas y anticlericales, y a la derecha, con el autoritarismo y el régimen monárquico. De la Revolución Industrial se destaca que agregó algunos clivajes nuevos a las dicotomías ya existentes. En particular, la Blackwell Encyclopaedia señala la inclinación de las posiciones de izquierda por la defensa de los intereses de las clases trabajadoras y la tendencia en la derecha hacia los intereses de los propietarios y los capitalistas (Bogdanor, 1987: 324). Releva el vínculo entre la izquierda política y “la igualdad en asuntos políticos”, la insistencia en que la soberanía reside en el pueblo, el compromiso con la fraternidad (y el internacionalismo), la maximización de la libertad civil y moral y, en general, la actitud favorable frente al cambio (1987: 324). Esta simultánea

actitud –la defensa de las ideas de democracia, soberanía del pueblo e igualdad política, por un lado; y, por otro, la reivindicación de las libertades civiles y morales, frente al autoritarismo y el clero– encaja muy bien con el doble compromiso con que he venido asociando el concepto de "izquierda": autogobierno colectivo y autonomía personal.

En lo que sigue, entonces, buscaré dar respaldo histórico a los principios seleccionados, mostrando su persistente presencia en todos los grandes momentos de cambio social. El propósito de mi indagación será doble. En primer lugar, procuraré demostrar, más que la validez de tales ideales (como ideales de izquierda), la pertinaz asociación histórica entre dichos valores y los principales hitos del radicalismo político. Y, a la vez, me interesará sugerir que dichos ideales pueden ser reconocidos como un "destilado" de los mejores compromisos que ha ido asumiendo la "izquierda del derecho" a lo largo de la historia.

La idea de autogobierno en la historia del derecho de izquierda

Que el ideal del autogobierno (o self-rule) ocupe un lugar tan central en los grandes momentos históricos de cambio radical resulta obvio. Habitualmente, hablamos de procesos de ruptura con un pasado de dominación, explotación y abuso (como los procesos revolucionarios referidos en el párrafo anterior), a través de los cuales las viejas comunidades oprimidas buscan ganar o recuperar el control sobre sus propios asuntos: autogobernarse, esto es, ser plenamente dueñas de su destino.

En todo caso, el ideal del autogobierno aparece jugando un papel decisivo en la Antigua Grecia, una temprana experiencia a la que solemos mirar con especial atención quienes tenemos una sensibilidad política de izquierda. Según el historiador John Dunn, especializado en la cuestión democrática, Atenas estableció "desde los días de Pericles hasta los de Demóstenes, un siglo después", un "sistema de autogobierno ciudadano" (Dunn, 1992: 241). Durante al menos un siglo, y con solo mínimas interrupciones, "fue literalmente cierto que los ciudadanos de Atenas se gobernaron a sí mismos" (1992: 241). En dicho sistema, todo ciudadano que viviera una vida adulta normal estaba destinado a intervenir, más tarde o más temprano, como miembro del órgano ejecutivo ateniense. Más todavía, todo ciudadano ateniense se encontraba igualmente habilitado para participar, votar y hablar en los encuentros de la Asamblea, que decidía todos los grandes asuntos del Estado. Aun reconociendo que la práctica se daba en el marco de una sociedad excluyente y con esclavos, puede decirse, en palabras de la politóloga italiana Nadia Urbinati, que "la democracia ateniense estableció un sistema bien regulado de deliberación popular" (Urbinati, 2008: 285). De entre el fabuloso legado que nos dejó, en términos de autogobierno, podemos rescatar todavía hoy los debates públicos que tenían lugar en el ágora; las formas de la democracia directa, antes que representativa; instituciones destinadas a establecer cierto equilibrio de poder, y prácticas de avanzada, tales como la elección por sorteo, un sistema que Aristóteles caracterizó como orientado a "gobernar y ser gobernado por turnos".

La idea de autogobierno también resultó relevante en los tiempos de la Revolución Inglesa (1642-1688), y se manifestó con fuerza, tempranamente, en las radicalizadas demandas de los levellers [niveladores], que comenzaron a impugnar, entonces, la falta de representatividad popular del Parlamento. Esas demandas desembocaron en los célebres “debates de Putney”, en los que aparecieron, por primera vez y sonoramente, reclamos como el de que “el pueblo de Inglaterra” no debía “verse atado por leyes en cuya creación no ha tenido voz alguna” (Aylmer, 1975). El “movimiento asociacionista” inglés que nació en ese tiempo ancló sus reclamos y críticas al Parlamento en la idea de que la autoridad política de la nación residía en el pueblo, y articuló sus demandas, de manera explícita, en una reivindicación del principio de autogobierno, que enarboló una amplia gama de activistas (religiosos de izquierda y políticos de orientación radical), y con ellos, poco después, toda una serie de jacobinos ingleses (que abarca nombres destacados, como James Burgh, John Cartwrigth y, el más notable, Thomas Paine), quienes formularon múltiples propuestas de reforma institucional destinadas a dar mayor contenido democrático al constitucionalismo hasta entonces vigente.

Inspirada en los ideales que había defendido en su momento Jean-Jacques Rousseau –la soberanía popular y la voluntad general–, la Revolución Francesa desarrolló prontas, múltiples, influyentes y algo fallidas expresiones jurídicas, que resultaron precursoras en la búsqueda de institucionalizar el ideal del autogobierno. Las tempranas Constituciones de 1791, 1793 (la “Constitución jacobina”) y 1795 ofrecen fundamentales indicios acerca de cómo hacer operativo o traducir en instituciones el principio de la soberanía del pueblo. Si la otra gran Constitución de su tiempo, la de los Estados Unidos (1787), representó la “Constitución de los derechos” –puesta al servicio de la protección de las minorías–, las de la Francia revolucionaria representaron el modelo contrario o alternativo: el de la Constitución puesta al servicio del gobierno de las mayorías.

La Revolución de la Independencia estadounidense de 1776 expresó del modo más claro, sobre todo en su momento inicial –el más radical–, su pleno compromiso con el ideal del autogobierno. El reclamo que históricamente sintetizó entonces esa demanda radicalmente democrática –un reclamo que aún hoy se recuerda y glorifica– fue el de no taxation without representation. Es el reclamo que se expresó en la Declaración de la Independencia, escrita cuidadosamente por Thomas Jefferson, y que en su propio corazón manifiesta con rotunda contundencia el principio del self-rule: “el Pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir cualquier otra forma de gobierno que tienda a destruir estos

propósitos (la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad), y de instituir un nuevo gobierno, fundado en tales principios, y de organizar sus poderes en tal forma que la realización de su seguridad y felicidad sean más viables". La revolución se tradujo entonces –como en Francia– en una multiplicidad de "constituciones radicales", dictadas a nivel local, que incluyeron documentos extraordinarios, ejemplares, como las tempranas Constituciones de Rhode Island, Vermont o, sobre todo, Pennsylvania en 1776, a la que aún hoy podría considerarse de avanzada, y que tuvo como principal ideólogo e inspirador al radical inglés Thomas Paine, instalado por entonces en los Estados Unidos.

En América Latina, algunas décadas después, el ideal del autogobierno político volvería a emerger con fuerza y se desarrollaría con una trayectoria similar a la seguida en los Estados Unidos. Todas las revoluciones de independencia de la región (declaradas alrededor de 1810) aparecieron movidas por un fuerte impulso de autogobierno y con el respaldo teórico de lecturas que incluían tanto las obras de Rousseau, Paine y Jefferson como las primeras expresiones constitucionales del radicalismo estadounidense (Safford, 1985; Hale, 1986; Halperin Donghi, 1985).

La lucha por las libertades personales en la historia del derecho de izquierda

Si el vínculo entre el derecho de izquierda y el ideal del autogobierno colectivo parece claro e indiscutible, la relación entre la izquierda jurídica y la protección de libertades personales básicas parece mucho más controvertida. En cuanto a lo que aquí nos importa, dichas controversias se relacionan menos con ciertos fenómenos históricos (los abusos graves y masivos de derechos que llevaron adelante gobiernos considerados –con razón o sin ella– como de izquierda) que con el desdén con que muchos autores y activistas vinculados con la izquierda se acercaron a la cuestión de los derechos fundamentales.

Seguramente, este tipo de controversias se relaciona con la resistencia que, durante décadas, mostró la izquierda política hacia el derecho, al que, en general, caracterizó como un epifenómeno o un elemento meramente superestructural. Más específicamente, puede haber influido en esta actitud la sospecha de que las libertades invocadas desde otras vertientes del arco político eran simples libertades burguesas, o las propias reflexiones de Karl Marx en la materia, con sus duras referencias a las discusiones sobre la justicia y los derechos, a las que calificó como "basura verbal" o "sinsentido ideológico" (Miller, 1984).

Sin embargo, más allá del hecho notable de que la izquierda política comenzó a tomar como bandera (casi podría decirse, con fanatismo) la idea de los derechos humanos, lo cierto es que no se debería llegar a conclusiones apresuradas acerca de la relación entre el marxismo, la idea de derechos y la defensa de las libertades personales. Para Zayid Husami (1978), por ejemplo, quienes reducen la postura de Marx sobre la justicia y los derechos a calificaciones ofensivas confunden la teoría moral marxista con su sociología de la moral. En otros términos, en su sociología de la moral, Marx describía la dependencia de las ideas predominantes en el modo de producción vigente. Esto no le impedía partir de parámetros evaluativos diferentes, vinculados con ideales muy estilizados, sobre lo justo, "a cada uno de acuerdo con su contribución" o "cada uno de acuerdo con su capacidad" (véase también Atienza, 2018; Elster, 1985). En particular, conviene remarcar que Marx no solo defendía una noción fuerte de

autogobierno (por ejemplo, al presentar –en su forma ideal– a la sociedad comunista como una sociedad radicalmente democrática), sino que acompañaba dicha postura con la reivindicación de una idea (aristotélica) de "autorrealización personal", que no es sino una versión fuerte de lo que aquí denomino autonomía personal (Elster, 1983).

Lo cierto es que –tal como ocurría con el principio del autogobierno– también se puede reconocer la reivindicación de un amplísimo margen de libertades personales como un elemento constitutivo y central de las grandes revoluciones y movimientos populares de nuestro tiempo.

Para retomar algunos de los movimientos ya mencionados, en los albores de la Revolución Inglesa, el grupo radical de los levellers presentó quejas ante el poder por la falta de representatividad popular del Parlamento, invocando la supremacía del derecho natural y la soberanía del pueblo. Lo hizo en un crucial documento –The Agreement of the People, de 1647– a través del cual se exigía el sufragio universal, la igualdad ante la ley, la libertad religiosa y garantías para las libertades personales.

La Revolución Francesa, de forma notable, acompañó cada una de sus propuestas de Constitución –en 1791, 1793 y 1795– con una Declaración de los Derechos del Hombre, que fue variando y haciéndose más precisa en cada caso. La primera tal vez la más conocida, resultó aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 26 de agosto de 1789, e incluyó principios como "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos" (art. 1), consagró la presunción de inocencia y la irretroactividad de la ley (arts. 8 y 9) y se refirió también a las libertades de opinión, prensa y conciencia (arts. 10 y 11). Quiero subrayar, en este sentido, el hecho significativo de que la gran revolución igualitaria de nuestro tiempo se tradujo siempre, y de manera inequívoca, en principios destinados a resguardar las más básicas libertades personales y –como nos enseñara Hannah Arendt– más allá de los principios de autogobierno con los que insistentemente se identifica la revolución.[3]

De manera similar, en las Américas, todas las Constituciones que siguieron a las revoluciones de independencia (en el siglo XVIII, en los Estados Unidos; en el siglo XIX, en América Latina) incluyeron una declaración de derechos. Con el dato adicional de que en el "derecho madre", que fue el de los Estados Unidos, el Bill of Rights respondió a las demandas de los sectores más democráticos (antifederalistas). Ese Bill of Rights incluyó principios relacionados con la

tolerancia religiosa, la libertad de expresión o el juicio por jurados.

Desde entonces, la conexión entre insurrecciones sociales y declaraciones de derechos se mantuvo consistente. Recordemos, en este sentido, las insurrecciones populares que se sucedieron en Inglaterra y que culminaron con el surgimiento del "movimiento cartista", conocido como tal por el documento –People's Charter– que un grupo de trabajadores enviara al Parlamento británico en 1838 en demanda del sufragio universal masculino, el voto secreto, las elecciones anuales y la abolición de las exigencias de propiedad para acceder a la Legislatura (Cole, 2020: 166). Poco tiempo después –en febrero de 1848–, estalló en Francia la "Primavera de los Pueblos", un profundo conflicto social liderado por obreros, estudiantes y artesanos: comenzaban las revoluciones democráticas de 1848. Este movimiento revolucionario estuvo muy marcado por dos ideales que salieron a la luz simultáneamente: el democrático y el liberal.

De hecho, esas demandas de democratización política fueron acompañadas decisivamente por el reclamo de derechos fundamentales: no solo sufragio universal o mayores oportunidades para la participación política, sino también libertad de prensa, enseñanza gratuita, derechos de asistencia; esto es, derechos económicos exigidos por una incipiente clase trabajadora.[4] Y así hasta nuestros días. En el siglo XX, nos reencontramos, una y otra vez, con los trazos de ese legado. Así ocurre con algunas de las crisis sociales más profundas en la historia de la humanidad, y la búsqueda de salidas que incluyen, sistemáticamente, la consagración de nuevos derechos. Lo veremos en Europa, luego de la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948; la crisis de los derechos humanos en América Latina, con la consolidación del sistema internacional de derechos humanos en la región; o el fin del apartheid en Sudáfrica (1992), con el inmediato dictado de una Constitución provisional (1993), que colocó en un lugar central a la nueva Declaración de Derechos (Dyzenhaus, 2010).

En suma, espero que los ejemplos históricos referidos resulten suficientes para reconocer, y también para ilustrar, el tipo de constantes que quiero subrayar: la presencia de movimientos de raíz popular, de carácter revolucionario muchas veces, que culminan inequívocamente en demandas no solo de mayor apertura política (el autogobierno colectivo, la democratización de la sociedad), sino también de libertades personales básicas. Es decir, ambos ideales –autogobierno colectivo, autonomía personal– se encuentran íntimamente relacionados con la historia del radicalismo político y jurídico. No resulta sorprendente, entonces,

sino expresivo de tales movimientos, que estos sistemáticamente tradujeran sus demandas fundamentales en forma de documentos escritos (muchas veces del tipo Bill of Rights) a través de los cuales exigían o se comprometían a defender tanto la libertad colectiva como las libertades personales (religiosa, política, de pensamiento y expresión) de cada uno de sus miembros.

Las condiciones materiales de la libertad y una filosofía política igualitaria

Por lo común, tanto para la teoría como para la práctica, la primera implicación efectiva de ese doble compromiso de la izquierda con los ideales de libertad colectiva y personal fue su involucramiento con la cuestión social. En todos los ámbitos, y en todos los niveles, el derecho de izquierda siempre mostró interés y preocupación especiales por consagrar el principio de la igualdad o, de modo más específico, por asegurar las condiciones materiales de la libertad colectiva y personal. Ninguna de tales libertades puede asegurarse bajo cualquier condición o contexto, o en el vacío: una comunidad no puede autogobernarse si carece de los recursos básicos, necesarios, para reproducirse y sostenerse en el tiempo. Del mismo modo, ninguna persona puede ejercer sus libertades más básicas (pensar, expresarse, llevar adelante sus planes de vida más elementales) si se encuentra forzada a entregar su vida completa a la subsistencia propia y la de su familia (mendigar por alimentos que le permitan sobrevivir o verse obligada a esclavizarse).

Este tipo de consideraciones aparecen implícitas en la mejor versión que tenemos acerca de la historia del derecho de izquierda y pueden leerse, sobre todo, como un firme indicio en relación con la filosofía política igualitaria que, en los hechos, afirma el derecho de izquierda. La pregunta relevante es: ¿qué debe hacer, en la práctica, el derecho de izquierda, para poner en marcha sus compromisos fundamentales con las libertades colectivas (el autogobierno) y personales (la autonomía)? Para responder esa pregunta debemos indagar cuál es la filosofía política del derecho de izquierda, y mi contestación (seguramente controvertible) es que –según nos sugiere lo mejor de su práctica habitual– este puede verse como sistemáticamente comprometido con lo que se conoce como una filosofía política igualitarista.

Indagar sobre los contenidos precisos de esta filosofía política nos llevaría demasiado lejos (he tratado de hacerlo en Gargarella, 1999), por lo cual aquí me contentaré con hacer referencia a su núcleo duro o intuición esencial. Para esta teoría igualitaria, una sociedad puede considerarse justa si la vida de cada uno y

la del conjunto no depende de circunstancias que están fuera del control de ellos. Una sociedad es más justa cuanto mejor permita que la vida de las personas no dependa de "cuestiones moralmente arbitrarias" (Rawls, 1971), es decir, ajenas a la responsabilidad de cada persona, tales como su color de piel, su género, su etnia o la clase social en que nació. Para este tipo de igualitarismo (para esta filosofía política de izquierda), una sociedad es injusta si permite que las personas resulten (institucionalmente) beneficiadas o perjudicadas por cuestiones de las que no son responsables. Como diría Rawls, no hay nada bueno o malo, nada reprochable en el hecho de que –como resultado de la "lotería de la naturaleza"– nazcamos mujeres o varones, en India o en Noruega, con la piel de un color o de otro. El problema es que el sistema jurídico convierta esos datos naturales y arbitrarios en hechos con peso institucional, de forma tal que, por ejemplo, en la sociedad en la que vivo tenga menores chances de acceder a la universidad por tener el color de la piel negro o amarillo, o mejores posibilidades de conseguir un trabajo bien remunerado por el hecho de ser varón y no mujer.

Entonces, se produce una situación de injusticia cuando "las prácticas sociales y legales convierten diferencias altamente visibles y moralmente irrelevantes en desventajas sociales sistémicas, a menos que exista una muy buena razón para que la sociedad así lo haga" (Sunstein, 1994). En otros términos, no es justo que algunas personas sean mejor o peor tratadas por el Estado (en cuanto a los derechos o ventajas que obtienen) por cuestiones meramente circunstanciales (no por sus elecciones, sino por las circunstancias que les tocaron).

Para una mejor comprensión de la orientación y primeras implicaciones de esa filosofía igualitaria puntualicemos:

Se diferencia de las visiones estalinistas, que sugerirían sacrificar libertades personales tanto como sea necesario, como forma de maximizar la acumulación económica para el colectivo. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, por el sacrificio inaceptable que implican en materia de libertades personales.

Se distingue, además, de las visiones del derrame o capitalistas, que promoverían

la acumulación económica sin límites en unos pocos, con la expectativa de que esa riqueza concentrada luego se “derrame” sobre el resto. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, porque toman como meros medios a una mayoría (aceptando violaciones temporales de derechos), en pos de hipotéticos e inciertos beneficios futuros.

Resulta diferente, también, de las visiones del tipo línea de largada (starting gate theories), que, en nombre de las libertades personales, buscan igualar a todos en sus condiciones iniciales, para luego dejar que cada uno alcance el lugar o estatus que pueda. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, porque entiende que el respeto de ciertos derechos debe asegurarse por siempre (de manera constante y estable en el tiempo), y no solo en el momento de “largada”.

Difiere, asimismo, de las visiones de la red de seguridad (safety net)o socialdemocráticas, que proponen resguardar siempre ciertos derechos sociales básicos para todos (en particular, en relación con los más desaventajados), a la vez que autorizan la concentración económica en unos pocos y desigualdades sociales extendidas. El igualitarismo rechaza estas posturas, entre otras razones, porque entiende que no se preocupan por preservar las condiciones materiales (background conditions) de relativa igualdad, necesarias para que ese esquema distributivo se mantenga y reproduzca.

Contra todas estas visiones, la filosofía igualitaria busca resguardar tanto las libertades personales como las colectivas (simultánea y permanentemente), insiste en la preservación de las condiciones materiales necesarias para que esas libertades se reproduzcan en el tiempo, y se muestra sensible al modo en que las instituciones procesan las injusticias históricas existentes y transforman las condiciones personales (raza, género, etnia, clase social, entre otras) en desventajas sociales.

Querría al menos subrayar algunas implicaciones de todo ello. Primero, la filosofía política igualitaria se distingue de otras filosofías políticas, de raíz

liberal y conservadora, por considerar que una comunidad o un Estado puede violar los derechos de sus miembros no solo a través de acciones (censurarlos, perseguirlos, torturarlos), sino también mediante omisiones, al no asegurarles los derechos que les corresponden (educación, salud, vida digna). Para la filosofía política de izquierda –es el caso de John Rawls–, puede considerarse que una persona sufre una violación grave de sus derechos cuando no se le asigna o se omite otorgarle lo que le corresponde. Esta filosofía asume la existencia de derechos negativos (por ejemplo, que no se nos agreda; que no se nos despoje de lo que es nuestro), tanto como la de derechos positivos (que se garantice a todos el acceso a la educación, la salud, una vida digna). Para la filosofía política de derecha, en cambio –es el caso de Robert Nozick–, solo existen los derechos negativos: una persona, por tanto, no puede reclamar al Estado cuando no tiene acceso a una vivienda digna o a una cobertura de salud apropiada. En tal sentido, Carlos Nino sostuvo que la principal diferencia entre el liberalismo igualitario y el liberalismo conservador consistía precisamente en que, para el primero, pero no para el segundo, los derechos de las personas podían ser violados tanto por acciones como por omisiones.[5]

Segundo, y a diferencia de otras filosofías políticas de izquierda, el igualitarismo no solo reconoce como fuente de desigualdades injustificadas la raza, la etnia, el género, o aun –como el marxismo– la clase social. Para el igualitarismo –que en este punto va mucho más allá del marxismo– tampoco es justo que alguien reclame derechos especiales, beneficios o privilegios en nombre de otros hechos moralmente arbitrarios, tales como su talento, su belleza, su inteligencia o cualquier otra destreza o rasgo con el que nació dotado, así como tampoco sería justo que accediera a menores recompensas o premios, o sufriera desventajas sociales por carecer de tales características o habilidades personales. Este tipo de asunciones permite reconocer el radicalismo propio de la filosofía política igualitarista. Hacia el final de este trabajo exploraré algunas posibles implicaciones prácticas de esta filosofía, básicamente, qué tipo de políticas o medidas económicas podría requerir una cosmovisión semejante.

La cuestión social en la historia temprana del derecho de izquierda

La firme vocación que ha mostrado el derecho de izquierda por impedir que, en los hechos, las cuestiones moralmente arbitrarias definan el lugar de cada persona en la sociedad encuentra expresión histórica en la lucha que ha dado siempre la izquierda en pos de un profundo igualitarismo social y económico, y en el modo en que ha articulado esa búsqueda. En sus casos más paradigmáticos, la izquierda supo combinar bien su defensa de las libertades colectivas y personales con políticas de contenido claramente igualitario.

Esa articulación entre libertades personales, autogobierno y preocupación prioritaria por las condiciones materiales de la libertad encuentra una de sus más tempranas y lúcidas expresiones en el trabajo de Rousseau, particularmente en su Discurso sobre la desigualdad (Rousseau, 2010). Allí, entre otras cuestiones, el pensador ginebrino se refirió al establecimiento de la propiedad privada y el surgimiento de una creciente desigualdad entre quienes tienen y quienes carecen de propiedad. Para Rousseau, en una sociedad desigual, las personas que al mismo tiempo necesitan del reconocimiento de los demás y de bienes materiales básicos (abrigo, comida) terminan involucrándose en relaciones sociales que afectan su libertad y su sentido del autorrespeto.

Es interesante reconocer, también, que el intento de articular libertades básicas e igualdad material estaba ya presente en el primer republicanismo inglés, como puede comprobarse –ya antes de la publicación de los trabajos de Rousseau–, por ejemplo, en el notable trabajo de James Harrington, Oceana, de 1656, o, poco después, en los escritos del filósofo anarquista William Godwin. En ese famoso trabajo, Harrington bosquejó una Constitución ideal, destinada a regir en una república utópica. Allí describió cómo, en toda sociedad, el elemento que determinaba cómo se organiza el poder era la propiedad, sobre todo la propiedad de la tierra. Y propuso, en relación con ello, dictar leyes agrarias orientadas a limitar las máximas extensiones de tierra de las que cada uno podía disponer, así como reformas al sistema político destinadas a hacer posible el autogobierno colectivo (Harrington, 1992; Cole, 2020: 40-46).

Importa también advertir que escritos como los de Harrington influyeron y moldearon el pensamiento radical-republicano anglosajón, ayudando así a construir la mejor versión de este. En ese sentido, destacan los trabajos de dos figuras de enorme influencia a fines del siglo XVIII –el momento fundacional del constitucionalismo moderno–: Thomas Paine y Thomas Jefferson, colegas vinculados en la defensa de un mismo ideario de progreso y cambio. Siguiendo a Harrington, ambos combinaron sus escritos sobre el constitucionalismo y los derechos (Paine, con sus trabajos para la Constitución radical de Pennsylvania, o su libro Los derechos del hombre; Jefferson, con sus Notas sobre el estado de Virginia, o sus cartas sobre la Constitución federal estadounidense) con escritos agrarios, destinados a reflexionar sobre la política económica igualitaria y agrarista que requería el modelo constitucional que imaginaban (Paine, 1989; Jefferson, 1999). En Paine, estas preocupaciones se extendieron hasta la defensa de una asignación universal igualitaria, otorgada a cada individuo al nacer. En Jefferson, consideraciones de esa índole lo llevaron a pensar formas de distribución igualitaria de la tierra, que ayudaron a forjar la tradición que luego se reflejaría en el lema de los “cuarenta acres y una mula” para cada uno.

Afín a esa tradición, el radicalismo constitucional latinoamericano desde muy temprano puso un acento muy fuerte en los aspectos sociales o materiales del constitucionalismo. Ello se advierte en particular en el sorprendente “Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de su campaña”, dictado por José Artigas para Uruguay, en 1815 (destinado a repartir tierras, con prioridad hacia “los negros libres, los zambos de igual clase, los indios y los criollos pobres”); en iniciativas como las del colombiano Murillo Toro (por entonces, ministro de Hacienda), destinadas a redistribuir la propiedad, con el fin de expandir la libertad política; o en criterios como los defendidos por Ponciano Arriaga –desde la presidencia de la Convención Constituyente de México, en 1857– al sostener que la Constitución debía ser entendida, sobre todo, como “la ley de la tierra”.

La cuestión social en la historia reciente del derecho de izquierda

Hasta aquí he realizado un sucinto tratamiento sobre la cuestión social y, más precisamente, sobre el modo en que, en su momento, tendieron a articularse ciertas preocupaciones constitucionales y políticas con propuestas para una organización económica más igualitaria; a esto quiero añadir algunas ilustraciones sobre el modo en que esa línea de pensamiento impactó en la práctica, desde los comienzos del siglo XX. Para ello, examinaremos eventos y proposiciones diversas que comparten ciertas características en común: el supuesto conforme al cual las diversas esferas sociales (la económica, la legal, la política, etc.) deben articularse de manera conjunta, y la idea de que tanto la libertad personal como la colectiva exigen como prerrequisito la existencia de un orden material más justo e igualitario.

Constitucionalismo social: el hito de la Revolución Mexicana

Luego de los profundos terremotos sociales que sacudieron a Occidente, a mediados del siglo XIX (primero, con las revoluciones democráticas de 1848; luego con la Comuna de París, en 1871), las demandas por cambios en la organización política, económica y social se tornaron cada vez más comunes y acuciantes.[6] Fue entonces –fines del siglo XIX– cuando nació el primer Estado social europeo, de la mano del canciller Otto von Bismarck; cuando los tories, en Inglaterra (primero, a través de Benjamin Disraeli), tomaron sus primeras medidas destinadas a moderar los peores rasgos de un capitalismo que arrasaba el entramado social (por ejemplo, la limitación del trabajo de los menores), y cuando la Iglesia católica, a través de León XIII, comenzó a promover sus encíclicas sociales (en 1891, la Rerum Novarum). La cuestión social pasaba a ocupar ahora el centro de la escena política internacional (Pisarello, 2012: 104-109).

A ese novedoso camino social que tomaba la política, la Revolución de México de 1910 –impulsada en parte por líderes campesinos radicalizados, como Emiliano Zapata y Pancho Villa– le agregaría un componente decisivo: el constitucionalismo en su versión social. Fue en México, pocos años después de la Revolución, donde se dictó la primera Constitución nacional de corte social. En los antecedentes de la Constituyente de 1917, primero en Ayala, luego en Aguascalientes, se habían escuchado ya las voces y reclamos más extremos. Activistas y marginados, como Paulino Martínez, se habían pronunciado entonces –en Aguascalientes– reclamando “tierra, libertad y justicia” y exigiendo un programa radical de reforma agraria. Tales reclamos se justificaban, según Martínez, porque “no es solo disparando proyectiles en los campos de batalla como se barren las tiranías” (Sayeg Helú, 1974(3): 204).

Así nació, en 1917, el constitucionalismo social. Y aunque la oleada revolucionaria inicial –empujada por el radicalismo campesino e indígena– llegaba a la Convención Constituyente mucho más aplacada que en sus orígenes, el resultado de esa Convención sería, en cierto sentido, notable.[7] En todo caso,

según Emilio Rouaix, uno de los intelectuales sociales detrás de la Constitución, los artículos de avanzada del nuevo documento –el art. 27, que nacionalizaría las riquezas del subsuelo y daría contenido a la reforma agraria, y el extensísimo art. 123, que establecería la protección de los trabajadores y reconocería entidad a los sindicatos– "fueron el resultado del radicalismo revolucionario […] que estaba en todas las conciencias después de las sangrientas luchas que habían transformado a la sociedad mexicana" (Rouaix, 1959: 238).[8]

La otra gran revolución de la época –la Revolución Rusa o Bolchevique–, de octubre de 1917, también mostró en sus inicios un fuerte compromiso social, destinado a poner fin a las angustias económicas que legara el zarismo. La proclama inicial de los revolucionarios fue socialista y también popular: "Todo el poder a los sóviets" (consejos obreros). Sin embargo, prontamente la élite revolucionaria comenzó a cerrarse sobre sí misma y a distanciarse de las bases que habían alimentado la revuelta. Se instalaría entonces una dictadura sanguinaria y brutal, por completo incompatible con los requerimientos de una filosofía igualitaria y un derecho de izquierda.

En Alemania, mientras tanto, el descontento social y el hambre se extendían luego de su derrota en la Primera Guerra Mundial. Allí, las agrupaciones de izquierda aprovecharon la crisis que siguió a la capitulación bélica para promover una huelga general de trabajadores y demandar el establecimiento de una república socialista, en línea con el gobierno bolchevique que se había impuesto en Rusia. De ese período de turbulencia emergió la célebre Constitución de Weimar, sancionada el 14 de agosto de 1919, redactada por un abogado y político liberal, Hugo Preuss, quien, junto con figuras como Max Weber, formaba parte del Partido Demócrata Alemán (DDP, su sigla en alemán). Esta Constitución, junto con la de México, dieron origen a la nueva etapa de constitucionalismo social. También son los años de la Segunda República española, que el 9 de diciembre de 1931 aprobó la Constitución que seguiría vigente hasta el final de la guerra civil, en 1939. Esta fue redactada por una comisión que presidió el jurista Luis Jiménez de Asúa, quien presentó su propuesta a las Cortes en apenas veinte días, y reveló que su proyecto se basaba directamente en tres Constituciones, a las que definió como "Constituciones madres": la de México, la de Rusia y la de Weimar. Ese ordenamiento incluyó el sufragio universal; incorporó referendos abrogatorios, consultivos, e iniciativas populares; buscó asegurar la separación entre Iglesia y Estado, y dio centralidad política al Parlamento, de base popular, entre otros (Pisarello, 2012: 130-131).

Estado de bienestar en los Estados Unidos e Inglaterra

La necesidad de cambios en la organización política y social, destinados a atender la cuestión social, resultaban obvios en todo Occidente. En los Estados Unidos, por ejemplo, la dramática crisis económica de 1929 desataba –más intensamente que en otras partes del mundo– una ansiosa campaña gubernamental para cerrarle la puerta a la “amenaza comunista”, a la que se veía agazapada y lista para hacer su ingreso ante el estallido social. Fue entonces cuando Franklin D. Roosevelt (presidente entre 1933 y 1945) se propuso salir de la Gran Depresión a partir de un amplio y profundo programa de intervencionismo económico. Este “nuevo trato” –el New Deal, inspirado en los trabajos del economista inglés John Maynard Keynes– se desarrolló centralmente entre 1933 y 1938 e incluyó diversas medidas legales (al principio, muy resistidas por la Corte Suprema) destinadas a asistir socialmente a los grupos más desaventajados: apoyo a los agricultores y trabajadores ambulantes o programas de subsidios y ayuda para el trabajo. De manera todavía más notable, Roosevelt promovería una nueva Declaración de Derechos (Second Bill of Rights), destinada a librar a los individuos de los azares propios de las contingencias económicas. El supuesto era que la libertad individual requería ciertas seguridades económicas básicas (Sunstein, 2006). La propuesta del 11 de enero de 1944 enunció, entre otros, los derechos a contar con un empleo útil y bien remunerado; a ganar lo suficiente para cubrir las necesidades de vestimenta, alimentación y recreación; a contar con una vivienda digna; a disponer de una adecuada protección de salud y una buena educación; y a contar con protecciones contra los incidentes generados por la edad, la enfermedad, los accidentes y el desempleo (Sunstein, 2006: ix). Se trataba de afirmar la libertad “frente al miedo” y “frente a la necesidad” (freedom from fear, freedom from want).

En Inglaterra, mientras tanto, el político y economista William Beveridge –a quien se vincula intelectualmente con su compatriota John Keynes– publicaba sus dos impactantes informes sobre la crisis en Inglaterra, conocidos como los “Informes Beveridge”, que sentaron las bases teóricas e ideológicas del Estado de bienestar inglés. En esos informes, Beveridge proponía la instauración de un

Welfare State en Inglaterra. En el primer informe –Social Insurance and Allied Services–, sugería que todo ciudadano en edad de trabajar debía pagar impuestos destinados a cubrir prestaciones sociales mínimas (frente al desempleo, a la enfermedad, a la jubilación). En su segundo informe –Full Employment in a Free Society–, definió el pleno empleo como condición para poner en marcha un sistema eficiente de protección social. Al final de la Segunda Guerra, al vencer el laborista Clement Attle al conservador Winston Churchill, el nuevo gobierno anunció la puesta en marcha de un Estado de bienestar que se organizó sobre la base de esos informes.

Si en los Estados Unidos el ansiado modelo social no llegó a echar raíces, en Inglaterra, en cambio, se estableció y definió –en buena medida, hasta nuestros días– el carácter de la organización social. En todo caso, conviene anotar lo siguiente: los fuertes impulsos que exigieron, tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra, el establecimiento de un Welfare State generaron –como en pocos otros lugares– una corriente política de reacción (backlash) considerable y furiosa (encarnada en los gobiernos de Ronald Reagan y Margaret Thatcher), orientada a arrasar o desmantelar todo vestigio de Estado comprometido con lo social.

El modelo escandinavo

El naciente Estado de bienestar, de extensa aceptación en Europa, tuvo un amplio desarrollo en los países escandinavos (centralmente, Suecia, Noruega, Dinamarca, pero también Finlandia e Islandia). Allí se desarrolló un modelo propio de Estado de bienestar: el “modelo escandinavo” (Esping-Andersen, 1990), cuyos orígenes se sitúan en el gran compromiso entre obreros y empresarios que impulsaron, en la década de 1930, partidos políticos de base agraria y de la clase trabajadora. Esto sentó las bases para el Estado social futuro, apoyado en la negociación centralizada de salarios entre empresarios y sindicatos, bajo la supervisión del Estado. Se trata de un modelo que cobró especial fuerza entre el fin de la Segunda Guerra Mundial y el fin de la Guerra Fría. Apareció como alternativa en un mundo que se había tornado bipolar, entre un esquema de tipo capitalista favorecido por los Estados Unidos y otro de tipo comunista, impulsado desde la Unión Soviética. El modelo escandinavo (hoy más distanciado de sus aspiraciones iniciales) se ubicó entre ambas alternativas: representó un gran intento de combinar, al mismo tiempo, la preservación de las libertades individuales y el reaseguro de ciertos beneficios sociales universales a través de una red de asistencia que alcanzaba a todos los miembros de la comunidad.

Socialismos: la Revolución Cubana y la vía chilena

La segunda mitad del siglo XX fue escenario de episodios graves de conflicto social que, en algunos casos –aquí la novedad–, provocaron respuestas políticamente orientadas hacia el socialismo. De los ejemplos más notables, mencionaría sobre todo la Revolución Cubana y la "vía democrática al socialismo" ensayada por Chile. En ambos casos, los regímenes instalados mostraron su convicción de que la libertad tenía como prerrequisito la atención urgente de ciertas condiciones materiales. Sin embargo, tales experiencias difirieron en la otra condición apuntada más arriba: el principio según el cual las libertades personales debían articularse de manera conjunta con el autogobierno político y la atención a la cuestión social.

En Cuba, y por las circunstancias que fueran, hubo una decisión de posponer o desplazar la protección de las libertades personales en nombre del desarrollo económico y el reaseguro de las condiciones materiales, una opción que rechaza el tipo de igualitarismo que aquí sostengo. En Chile, en cambio, se buscó impulsar una transformación económica de carácter igualitario por una vía democrática, con la ayuda del derecho, y preservando siempre el núcleo fundamental de las libertades personales. Esto se intentó a través de la gestión de Salvador Allende, quien fue electo presidente el 3 de noviembre de 1970 y ejerció su cargo hasta el día de su muerte, tres años después, el 11 de septiembre de 1973, cuando el general Augusto Pinochet llevó a cabo un cruento golpe de Estado. En todo caso, interesa subrayar en este ejemplo el tipo de tensiones que generó la instauración de esta vía democrática al socialismo en el ámbito jurídico, y los conflictos que se produjeron desde dicho ámbito. Resulta claro que, a pesar de sus legalistas esfuerzos, el gobierno de Allende encontró fortísimas resistencias en los poderes establecidos para imponer sus políticas; en particular, desde el Poder Judicial, al que el jurista Eduardo Novoa Monreal, afín al presidente, describió como una "justicia de clase", que no había sabido tolerar "el pluralismo ideológico imperante" (Novoa Monreal, 1970: 108).

Sirvan estas ilustraciones, entonces, para respaldar con teoría y comprender con ejemplos prácticos la idea sugerida en las páginas anteriores, que implica

vincular una arraigada tradición –la más asentada y depurada del pensamiento de izquierda– con una particular filosofía política de raíz igualitaria. Los ejemplos citados también nos ayudan a reconocer algunas de las enormes dificultades que han existido para sostener, al mismo tiempo, los ideales del autogobierno colectivo y de la libertad personal. Sobre algunas de estas dificultades, vamos a reflexionar en el capítulo siguiente.

▪

[1] Obviamente, la noción de "explotación" que se utiliza en dicha frase se distingue de una idea común y más específica de "explotación", como la que en ocasiones utilizaba Marx en sus referencias a la teoría del valor-trabajo y la apropiación indebida de plusvalía por parte de los capitalistas.

[2] Merece atención, también, la preocupación por repensar al igualitarismo socialista de la mano de un extremo de las libertades personales, que se advierte en los escritos de Gerald Cohen, sobre todo, en la última etapa de su trabajo (Cohen, 2014).

[3] A este respecto, Hannah Arendt propone una atractiva aunque controvertida interpretación sobre la Revolución Francesa. Para ella, contra lo que habría sido propio de la Revolución Estadounidense, llevada adelante por quienes estaban "libres de la necesidad" y "libres del miedo", buscando establecer una nueva Atenas (Arendt, 2018: 35), los franceses habrían llegado a la revolución motivados por las condiciones miserables en las que vivían. Ellos habrían peleado, entonces, por libertades sociales –la de comer o vestirse–, asumiendo que "la libertad del pueblo" residía, sobre todo, "en su vida privada" (2018: 40).

[4] Desde Francia, y en poco tiempo, el movimiento revolucionario se propagó prontamente en buena parte de Occidente: Holanda, Italia, la Confederación Alemana y el Imperio Austríaco. Su legado incluyó, en algunos casos, la abolición de la esclavitud; en otros, el fin de la monarquía absoluta, y, en otros más, la instauración de formas representativas de la democracia. Esta oleada revolucionaria europea se extendió también más allá de Europa, y generó consecuencias institucionales extraordinarias. En América Latina, las repercusiones de las "revoluciones rojas" o "democráticas" aparecidas en Europa fueron significativas; en Perú, Ecuador y Colombia, al calor de aquellas revoluciones, comenzaron a proliferar las "asociaciones democráticas", que

agrupaban a artesanos y miembros de una incipiente clase media que exigía la introducción de cambios políticos profundos (Gootenberg, 1993; Sobrevilla, 2002; Thomson, 2002). De manera particular, terminó impactando en Chile a través de la labor de algunos intelectuales de izquierda, como Francisco Bilbao y Santiago Arcos, que en Francia se habían puesto en contacto con los pensadores Edgar Quinet y Jules Michelet, y habían militado junto con algunos apóstoles del catolicismo social, como Felicité de Lammenais o Jean-Baptiste Lacordaire. Bilbao y Arcos fueron fundadores de la Sociedad de la Igualdad, en Santiago de Chile, una sociedad de corta vida pero de notable impacto en la lucha por la liberalización política de un país atenazado dentro de un orden conservador y no democrático (Gazmuri, 1992). En otros casos, como en la Argentina, el temor de la posible llegada de la ola revolucionaria europea contribuyó, más bien, a la clausura política de la sociedad, lo que motivó un acercamiento –hasta entonces impensado– entre fuerzas conservadoras y liberales, orientado a cerrar las puertas de las libertades políticas (Halperin Donghi, 1980: xxxi).

[5] Véanse Rawls (1971), Nozick (1973), Nino (1990: 196-197).

[6] Interesa recordar los modos en que Marx supo elogiar a la Comuna de París, formada –en sus términos– por “trabajadores o representantes reconocidos de la clase obrera”, que serían “elegidos por sufragio universal […] y revocables en el corto plazo”. Agradezco por esta y otras referencias a mi amigo Miguel Benedetti.

[7] Aunque los giros operados desde el extremo Plan de Ayala hasta la Convención de Querétaro, en 1917, también habían resultado significativos. Se llegaba ahora a la Convención Constitucional con un ímpetu social todavía intacto, pero con un programa de cambios más contenido, y demandas populares también menguadas (debe subrayarse, por ejemplo, que el líder político de la época y promotor de la constituyente Venustiano Carranza había ordenado la muerte de Emiliano Zapata).

[8] Vale la pena consignar algunas de las extraordinarias medidas sociales incorporadas por ese solo art. 123: duración máxima de la jornada de trabajo; condiciones del trabajo nocturno; prohibición del trabajo de los menores; días de descanso obligatorios; regulación del trabajo de las embarazadas; consideraciones sobre los salarios mínimos; igualdad que debe regir en las relaciones laborales; participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas; horas extras; condiciones de salubridad e higiene obligatorias;

obligación de educación laboral del trabajador; regulación de los accidentes de trabajo; derecho de huelga; derecho de organización sindical y patronal; despido sin justa causa; límites a los contratos de trabajo abusivos; seguro social; vacaciones; condiciones para la suspensión o cese de un obrero en su trabajo, entre otras.

2. El casillero vacío

O por qué el derecho nos debe todavía su mejor versión

Cuatro modelos posibles y el casillero vacío del derecho de izquierda

Anteriormente, esbocé algunos rasgos que podrían ser propios de una filosofía política de izquierda. Ahora me interesa mostrar de qué modo esta visión teórica y, en apariencia, tan abstracta o alejada de la realidad podría ser relevante para hablarnos de nuestra vida jurídica cotidiana, real y concreta, y para someterla a crítica.

Desde sus orígenes, el constitucionalismo moderno ha mostrado muy serios problemas para comprometerse simultáneamente con los dos principales ideales aquí referidos: los del autogobierno colectivo y la autonomía personal. Adviértase que la historia de Occidente nos ha permitido conocer varias alternativas o modelos jurídicos que, de un modo u otro, deshonraron ese doble compromiso, lo que afectó por igual a ambos ideales y, a veces, solo a uno de ellos en pos de la defensa del otro.

Así, hemos conocido i) sistemas jurídicos fuertemente conservadores, marcados por el elitismo político y el perfeccionismo moral, que han bloqueado por completo el autogobierno colectivo, al tiempo que han buscado imponer una forma de pensar oficial (típicamente, una religión de Estado). Una posición elitista desde el punto de vista político asume que, en los hechos, y por circunstancias diversas (puede ser la racionalidad, las ventajas “epistémicas” –el poder ver o reconocer lo que los demás no advierten–, las condiciones propias del cargo que se ejerce), solo una pequeña porción de la sociedad –una élite– se encuentra capacitada para participar en forma activa en política. Por otro lado, considero que una posición es moralmente perfeccionista cuando asume que el Estado tiene derecho a usar su capacidad coercitiva para favorecer, beneficiar o (en los casos más extremos) directamente imponer a la población una concepción del bien que estime adecuada o correcta (típicamente, comprometiendo al Estado con una religión).

Hemos tenido la experiencia, también, de ii) sistemas jurídicos liberales, que supieron defender las libertades personales (la libertad de pensamiento, la

tolerancia religiosa), pero al costo de abrazar una organización del poder fuertemente contramayoritaria o –para decirlo de otro modo– débilmente democrática. Y hemos sabido, además, de iii) sistemas constitucionales mayoritarios o republicanos que, en su irrestricta defensa del ideal del autogobierno, han adoptado un mayoritarismo (al que alguna vez llamé “populismo moral”) capaz de arrasar con ciertas básicas libertades personales (desde la obligación de dar la vida por la patria hasta el establecimiento de un estrecho vínculo entre Iglesia y Estado, dado el carácter mayoritario de cierta religión).

Ocurre, sin embargo, que este breve cuadro de posiciones, que he presentado y defendido con más detalle en otros escritos, deja en evidencia la existencia de un “casillero vacío” (Gargarella, 2010, 2013). Me refiero a una cuarta casilla o posición, que vendría a expresar a la izquierda o al igualitarismo radical. Esta es la posición que reivindica, de manera conjunta y simultánea, el autogobierno colectivo y el conjunto básico de nuestras libertades personales. En otros términos, el análisis desarrollado hasta aquí nos ayuda a reconocer una curiosa ausencia histórica, la “presencia de una ausencia”. Me refiero a un sistema constitucional que no acepta pagar el costo de un sistema contramayoritario para asegurar la defensa de ciertas libertades personales básicas, ni acepta el sacrificio de tales libertades básicas a los efectos de mantener firme su compromiso con el mayoritarismo político. El derecho todavía nos debe su mejor versión: la del derecho de izquierda.

Las derivas y tentaciones que seducen al derecho de izquierda y amenazan sus principios fundantes

En lo que sigue, pretendo mostrar la evolución contemporánea del constitucionalismo de izquierda. Me interesará sugerir que, de forma demasiado frecuente, lo que podríamos llamar la izquierda del derecho se ha mostrado seducida por proyectos que prometían cumplir algunas de sus deseadas metas, dejando de lado, notablemente, algunos de sus compromisos esenciales. En este sentido, exploraré ciertas derivas político-jurídicas en las que ha incurrido el derecho de izquierda, que amenazan con alejar el constitucionalismo jurídico de los principios sobre los cuales estuvo fundado. No se trata, por tanto, de denunciar esas derivas, como si el constitucionalismo igualitario no pudiera cambiar en parte sus modos de entender el derecho, o no estuviera autorizado a optar por otros medios para alcanzar sus fines. Se trata de llamar la atención acerca de algunos caminos que se han tomado, que amenazan con convertir al constitucionalismo de izquierda en una concepción que contradice o tensiona de gravemente los fundamentos de filosofía jurídica sobre los que se apoya. Finalmente, el objetivo de este trabajo es desentrañar y delinear el concepto de derecho de izquierda, refinarlo y precisarlo.

De las tres principales derivas en que ha incurrido el derecho de izquierda, la primera es la autoritaria, que lo acerca al constitucionalismo conservador. La segunda es la deriva contramayoritaria, que lo acerca al constitucionalismo liberal. La tercera, la mayoritarista, lo acerca al constitucionalismo mayoritario.

La deriva autoritaria: ¿democratización o concentración del poder?

La primera deriva se vincula con el posicionamiento que ha tenido y debería tener un pensamiento constitucional de izquierda en relación con la organización del poder. El derecho de izquierda nació vinculando el autogobierno con la voluntad general, la soberanía del pueblo, y, más específicamente, con la dispersión democrática del poder. En Europa, dicha cosmovisión se tradujo en el desafío político del absolutismo, el poder del rey, o cualquier expresión propia de un gobierno monárquico, en definitiva, no democrático. En América Latina dicha postura implicó, desde los tiempos de la Independencia, la defensa de cambios constitucionales drásticos, destinados a democratizar el poder, con resistencia a toda pretensión de concentrarlo en manos de un presidente fuerte. En tiempos en que Simón Bolívar se involucraba en los procesos regionales de redacción constitucional, buscando centralizar el poder (regional, militar, etc.) –en general, para concentrarlo sobre sí mismo–, ello exigió a la izquierda un enorme esfuerzo político (Safford, 1985). Se trataba de mostrar que la independencia podía y debía consolidarse, sin la necesidad de resignar el poder democrático en manos de salvador alguno. Por ello, desde entonces y durante décadas, el radicalismo constitucional exploró múltiples alternativas antipresidencialistas: drásticas reducciones del mandato presidencial (de solo dos años, en la Constitución de Rionegro, Colombia), prohibición de la reelección, facultades adicionales para el órgano legislativo e incluso iniciativas muy extremas, como la del derecho ciudadano a portar armas (como modo de resistir el poder coercitivo centralizado en algún caudillo) o la defensa del tiranicidio. Todos estos criterios y sugerencias institucionales, consistentes con el discurso del autogobierno y la vocación democrática distintiva del igualitarismo, empezaron a crujir, con el paso del tiempo, y entraron en crisis a comienzos del siglo XX. Entonces, comenzó a resultar cada vez más habitual, entre aquellos que de un modo u otro defendían el derecho de izquierda, la adhesión a proyectos que prometían asegurar algunas de sus principales aspiraciones (típicamente, la justicia social), aun a cambio de poner fin al proyecto del autogobierno entendido como democracia política. Son muchos los hitos que podrían mencionarse en la historia de esta deriva, pero algunos deben señalarse

como cruciales.

El primer hito destacable por su impacto dentro de la historia contemporánea del constitucionalismo se relaciona con la Constitución revolucionaria de México (1917) y el nacimiento del constitucionalismo social. Cuando prestamos atención a dicho proceso y a sus implicaciones constitucionales, no podemos dejar de señalar la admiración que genera esa Constitución prohijada por la Revolución de 1910: nació allí un constitucionalismo nuevo, comprometido profundamente con la cuestión social, que cambió la historia jurídica de nuestro tiempo. Sin embargo, cuando observamos con mayor detenimiento, comenzamos a percibir la complejidad y tensiones generadas a través de dicho proceso. En efecto, lo que se inauguró entonces no fue, simplemente, un período de constitucionalismo social, sino uno más complejo y también menos atractivo, que combinaba, por un lado, densas, robustas, extraordinarias declaraciones de derechos de todo tipo (sociales, económicos, culturales), con formas más bien tradicionales, autoritarias, concentradas, de organización del poder. En este sentido, y como he escrito muchas veces, lo que emergía entonces era un constitucionalismo de dos caras o "dos almas": una social y democrática, que buscaba renovar el constitucionalismo a través de una declaración de derechos que miraba al futuro; y otra, conservadora y autoritaria, que preservaba intocada (si no agravaba) una organización del poder del viejo estilo, como las construidas en América Latina durante el siglo XIX, y de resultas del pacto liberal conservador. Se trata de lo que denominé "el problema de la sala de máquinas" del constitucionalismo: renovar (en apariencia, radicalmente) la Constitución, por medio de la declaración de derechos, mientras se preserva intacto el viejo modelo de organización del poder, sin ingresar en la "sala de máquinas" de la Constitución.

Hay un episodio que grafica y simboliza esta historia de manera notable. Me refiero al discurso pronunciado por Venustiano Carranza, en Querétaro, en vísperas de la redacción de lo que sería aquella Constitución extraordinaria. En ese momento, Carranza, presidente y jefe del Ejército Constitucionalista, ofreció el discurso inaugural de la Asamblea Constituyente, el 1º de diciembre de 1916. Allí, puso de manifiesto todo lo que esperaba de la nueva Convención, pero, junto con ello, dejó muy en claro los límites que no iba a permitir que atravesara. Consciente de los ímpetus reformistas que movían a una parte significativa de los convencionales, Carranza subrayó que no estaba dispuesto a aceptar la introducción de cambios constitucionales capaces de desafiar a una larga y asentada tradición política basada en el poder concentrado. Para hacerlo, apeló al viejo discurso del conservadurismo en América:

Los pueblos […] han necesitado y necesitan todavía de gobiernos fuertes, capaces de contener dentro del orden a poblaciones indisciplinadas, dispuestas a cada instante y con el más fútil pretexto a desmanes […]. La libertad tiene por condición el orden, y que sin este aquella es imposible […]. El Poder Legislativo, que, por naturaleza propia de sus funciones, tiende siempre a intervenir en las de los otros, estaba dotado en la Constitución de 1857 de facultades que le permitían estorbar o hacer embarazosa y difícil la marcha del Poder Ejecutivo, o bien sujetarlo a la voluntad caprichosa de una mayoría fácil de formar en las épocas de agitación, en que regularmente predominan las malas pasiones y los intereses bastardos (Rabasa, 1986: 196).

De este modo, Carranza recorrió todos los tópicos del pensamiento conservador y autoritario, tan típico en la región: la anarquía, la falta de orden, la indisciplina social, los caprichos mayoritarios, los excesos, la irracionalidad y las pasiones propias de la ciudadanía, la importancia de los gobiernos fuertes, el valor del reforzamiento de la autoridad. En otros términos, les dio a entender a los convencionales que ellos podían introducir en la declaración de derechos de la nueva Constitución los cambios que quisieran; pero, al mismo tiempo, que no iba a autorizar ningún cuestionamiento a su propia autoridad, al poder del Ejecutivo. La amenaza de la anarquía –invocada históricamente por el conservadurismo regional– se encontraba más viva que nunca, por lo cual no estaba dispuesto a ceder ninguno de sus poderes militares e instrumentos coercitivos de control.

En suma, lo que nació entonces no fue –como suele decirse– el constitucionalismo social, sino un tipo más específico, complejo y contradictorio, al que podríamos denominar "constitucionalismo social-conservador". Lamentablemente, desde entonces parte de la izquierda jurídica comenzó a tomar como propia esa expresión del constitucionalismo, que en verdad venía a negar una parte central de su propia historia. A partir de ese momento, hubo dos ejemplos, en particular, que alentaron y aceleraron esa deriva autoritaria del constitucionalismo de izquierda. El primero, la Revolución Rusa de 1917, nació invocando la democratización máxima del poder ("Todo el poder a los sóviets") y promoviendo una "Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado" (3 de enero de 1918), pero terminó prontamente

degradándose en formas extremas del autoritarismo, que mostraban desinterés o directo desprecio por el derecho. Un primer y serio signo de dicho viraje fue la supresión de la Asamblea Constituyente convocada luego de la revolución. Entonces, fueron los propios bolcheviques –incluyendo a Lenin– los que comenzaron a manifestarse contra la Asamblea, luego de que el Partido Bolchevique perdiera las elecciones al obtener solo el 25% de los votos. Temiendo la operación de una Asamblea moderada (controlada por Kérenski), y apenas luego de que la mayoría de sus miembros rechazara aprobar una declaración de derechos socialista, los bolcheviques decidieron suprimir directamente la Asamblea (el 6 de enero de 1918): había deliberado solo doce horas. Este sería el primer paso de una dramática deriva autoritaria de la Revolución.

El segundo fue el de la Revolución Cubana, que también se inició buscando transformar la "democracia aristocrática" en una democracia "rousseauniana" (Frondizi, 1961: 154-155), pero terminó enseguida convirtiéndose en un régimen opresivo, dentro del cual el constitucionalismo se convirtió abiertamente en una mera fachada sin contenido real. La dirigencia revolucionaria asumió, pronta e irreflexivamente, que la "teoría constitucional socialista" requería terminar con una "pretendida separación de poderes", para ir hacia un sistema de "unidad de poder" (Azcuy, 2010: 214). Solo de ese modo –se alegaba– era posible establecer la dictadura del proletariado. La nueva Constitución, aprobada en febrero de 1959, modificó en tal sentido la organización del poder, y para ello fusionó los poderes Legislativo y Ejecutivo (el Legislativo pasaba a manos de un Consejo de Ministros designado directamente por el presidente). La práctica, de todos modos, agravó aún más esta situación, ya que el poder efectivo quedó depositado enteramente en Fidel Castro, quien fue designado, desde un comienzo, "Comandante en Jefe, Primer Ministro, Primer Secretario (de las Organizaciones Revolucionarias) y máximo líder popular" (Valdés Paz, 2009: 109). El país aparecía estructurado a partir de una organización centralizada del poder y ordenado bajo la dirección de un partido único (2009: 124). Varios años después, en 1976, se adoptó una nueva Constitución, que radicalizó el modelo autoritario ya impuesto, y buscó acercarse de manera explícita a la Constitución soviética de 1936. El nuevo texto –que afirmaba desde su primer artículo que Cuba era "un Estado socialista de trabajadores"– ponía el acento en el papel central del Partido Comunista, la economía planificada y la gratuidad de la educación y la salud. Este sería el primer paso de una dramática deriva autoritaria. La concentración de poder y el autoritarismo burocratizado comenzaron a ser la principal marca de identidad del "socialismo real". El

socialismo invocado, la democracia proclamada, la autogestión y la cooperación defendidas en los documentos constitucionales terminaron expresándose en una práctica de brutalidad, espionaje, abusos y privilegios al servicio de minorías poderosas, encaramadas en los organismos de gobierno.

Finalmente, nos encontramos allí con aberraciones políticas y jurídicas que la vieja izquierda política tardó en admitir, o no quiso ver, pero que hoy nos remiten a verdades establecidas –horrores– que el derecho de izquierda puede mirar de frente y repudiar, sin hesitaciones: no tenemos responsabilidad de ese pasado, ni compromiso alguno con él, que nos exija decir que no vemos lo que vemos –las persecuciones a los disidentes, por ejemplo– o que no escuchamos lo que escuchamos –los gritos de los presos y torturados por el poder–. Ningún ideal merece ser perseguido si, como precio, requiere el sacrificio de la libertad personal y la democracia política.

A la luz de tales antecedentes, y conocidas sus consecuencias, resulta curioso comprobar cómo, en las últimas décadas, volvieron a generar atractivo –tanto dentro de la doctrina vinculada con la izquierda (Loughlin, 2022) como con la derecha política (Posner y Vermeule, 2010)– ciertos discursos de base schmittiana acerca de cómo pensar la organización del poder. La idea de una política construida a partir de la distinción "amigo o enemigo", o la apelación a la noción del "soberano que decide sobre el Estado de excepción", operaron una vez más como cantos de sirena para atraer la atención hacia Carl Schmitt y justificar nuevas formas del decisionismo político. Tal vez no haya lección más importante, para la izquierda política de nuestro tiempo, que la de aprender de la historia y atarse las manos frente a la seducción que todavía le generan esas aterradoras músicas (Dyzenhaus, 1997; Herrera, 1998).

La deriva liberal o contramayoritaria: ¿derechos para litigar en los tribunales?

Vimos, en el apartado anterior, el modo en que ciertos sectores de la izquierda jurídica se involucraron en la lucha por los derechos sociales y, sobre todo, en la traslación constitucional de esos derechos.

La segunda deriva del derecho de izquierda se relaciona, de manera especial, con dos líneas de acontecimientos históricos de extrema gravedad que marcaron la historia de Occidente desde mediados del siglo XX. Me refiero, por un lado, al genocidio ocurrido en Europa en tiempos de la Segunda Guerra Mundial y, por otro, a las masivas violaciones de derechos humanos en América Latina en la segunda mitad del siglo. Ambas aberraciones empujaron a doctrinarios y activistas de izquierda a acercarse al derecho, primero a un derecho al que se habían acostumbrado a mirar con desconfianza o sospecha, y a abrazar después (con el fanatismo de los conversos) el discurso liberal de los derechos, más específicamente el discurso liberal sobre derechos humanos. A partir de allí, parte de la doctrina jurídica de izquierda apareció como indistinguible del viejo liberalismo, lo cual implicó también asumir, innecesariamente, la concepción político-jurídica propia de aquella doctrina, con sus fundamentos, supuestos e implicaciones: desconfianza de la democracia, deferencia por los jueces, instituciones contramayoritarias.

Así como, después de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones había impulsado ciertos acuerdos internacionales básicos –los primeros Convenios de Ginebra– en los que establecía, por ejemplo, derechos de los prisioneros de guerra, al terminar la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[9] Desde entonces (y en buena medida hasta hoy, para bien o para mal), la doctrina constitucional –incluyendo la doctrina más cercana a la izquierda política– evidenció también un fuerte giro, y su trabajo pareció dirigirse plena y obsesivamente a pensar sobre los derechos: como si todo el resto de las cuestiones jurídicas perdiera importancia. Se comenzó a reflexionar, entonces, sobre el origen de los derechos, su interpretación, los conflictos

generados por su revisión judicial, la relación entre derechos y políticas, la distinción con la democracia, los derechos de resistencia, la objeción de conciencia y desobediencia, la ponderación de los derechos o la aplicación (enforcement) judicial de (todos) los derechos.

Por supuesto, los esfuerzos que se hicieron en el área, destinados principalmente a dotar de vida a los derechos sociales constitucionalmente declarados, fueron excepcionales. El problema es que, dentro de los grupos jurídicos más de avanzada, toda iniciativa de cambio quedaba subsumida bajo el paraguas del discurso de los derechos, con los riesgos obvios de empobrecimiento de la política democrática, o aun la desmovilización política. Las luchas sociales de otro tiempo –la toma (política) de la Bastilla del siglo XVIII– fueron dejadas a un lado. De pronto, en nuestra época, "la toma de la Bastilla" comenzó a vincularse con la conquista y aplicación (enforcement) de nuevos derechos.

El esfuerzo por consagrar nuevos derechos reconoce, en el siglo XX, dos ejemplos particularmente influyentes y notables por sus disputadas conquistas: el movimiento por los derechos civiles y el movimiento feminista. El primero ganó particular visibilidad en los Estados Unidos con el liderazgo de Martin Luther King. Su objetivo fue la conquista de derechos civiles y políticos (el derecho al voto, el acceso a la educación superior), y la abolición de prácticas centenarias de discriminación y segregación racial.[10] La labor del movimiento se hizo notar, en especial, entre 1954 y 1968, a través de masivas movilizaciones populares y acciones de resistencia no violenta. El grupo comenzó a obtener reconocimiento legal, primordialmente durante los años de la llamada "Corte Warren", que pasaría a ser, de algún modo, la abanderada de esas luchas raciales, la vanguardia jurídica de esas luchas. Así, dio respaldo a algunas de las principales demandas del movimiento, comenzando por el célebre fallo "Brown c. Board of Education", de 1954, que puso fin a la doctrina (discriminatoria) de "separados pero iguales" (que, por ejemplo, reconocía el derecho de blancos y negros a la educación pública, pero bloqueaba la posibilidad de que concurriesen a las mismas escuelas). Tal vez más relevante ha sido que el movimiento obtuvo en esos años significativos respaldos políticos, en leyes como la de derechos civiles (Civil Rights Act), de 1964, que prohibió toda discriminación basada en la raza; o la de derecho de voto (Voting Rights Act), de 1965, destinada a proteger ese derecho para las minorías raciales.

De manera similar, el movimiento feminista, que llevaba décadas de intenso activismo, ganó especial fuerza en los años sesenta: en ese tiempo, llegó a

convertirse en el más importante y numeroso movimiento social de la historia de los Estados Unidos.[11] Las demandas de las activistas se extendieron a áreas y temas diversos, que incluyeron los derechos reproductivos, la no discriminación y la igualdad ante la ley, el fin de la violencia contra las mujeres, el derecho al divorcio, mejoras en los derechos laborales, cambios en las leyes de patria potestad, entre otros. De manera lenta, incompleta y con reacciones significativas (backlash) y algunas (recientes) derrotas (como en el caso "Dobbs", de 2022, sobre el aborto), el movimiento obtuvo victorias importantes en materia de igualdad de derechos, educación, no discriminación, contracepción y salud reproductiva, entre tantas otras disputas importantes (Gago, 2019; Carrera y otros, 2020). Tales victorias incluyen algunas conquistas recientes –pienso en el derecho al aborto, en países tan disímiles como Irlanda o la Argentina– por medio de movilizaciones democráticas extraordinarias, que ratificaron el notable papel que pueden jugar la discusión colectiva y el activismo social (la democracia, en definitiva) en la lucha acerca de los contenidos y alcances de los derechos personales (Bergallo y Michel, 2018; Segato, 2021; Siegel, 2001; Post y Siegel, 2007; West, 1989), aun cuando nos encontremos muy lejos de una situación como la que la izquierda del derecho demanda en términos de igualdad, esto es, aquella en que la sociedad no convierte diferencias moralmente irrelevantes en desventajas sistémicas (Rawls, 1971; Sunstein, 1994).

Asimismo, en las últimas décadas, el debate político en torno a los derechos (sus límites e implicaciones) y los conflictos destinados a alcanzar nuevos derechos (o a asegurar la aplicación efectiva de los existentes) no dejó de expandirse. Las violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en América Latina a fines de los setenta se tradujeron también en un movimiento global que bregó por la internacionalización del derecho, el definitivo resguardo de ciertos derechos humanos básicos y la responsabilización y castigo de los causantes de las violaciones ocurridas en esa década. Así, muchos países de la región modificaron sus ordenamientos legales para otorgar estatus constitucional o supralegal a los tratados de derechos humanos.

Animado por el impacto de esta nueva oleada, desde entonces el movimiento jurídico en favor de los nuevos derechos no dejó de profundizarse y de expandirse hacia nuevas áreas, que incluyeron, de manera especial, los derechos indígenas y los relacionados con el ambiente. Los primeros fueron reconocidos inicialmente en Guatemala (1985) y Nicaragua (luego de un conflicto que enfrentó al gobierno sandinista con el grupo indígena de los miskitos, en 1987).

La Constitución de Brasil, de 1988, también había mostrado apertura hacia la cuestión indígena, incluyendo, sobre todo, una serie de protecciones especiales para los aborígenes en el Cap. VIII del texto. Estos casos pioneros fueron seguidos por la aprobación, en 1989, del conocido Convenio 169 de la OIT, que incluyó disposiciones destinadas a garantizar el respeto a la cultura, forma de vida e instituciones indígenas; y otras orientadas a asegurar el derecho de consulta efectivo cuando se tomen decisiones que afecten a esos pueblos. A continuación de la aprobación del Convenio 169, tuvo lugar una nueva oleada de Constituciones que dio ingreso a la cuestión indígena. La mayoría de ellas incluyen listas de derechos indígenas y adoptan una postura favorable al pluralismo jurídico.[12] El otro gran documento que cambió la historia de los derechos indígenas fue la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por las Naciones Unidas en 2007, que establece por primera vez de modo explícito el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. La Declaración se concentró, en particular, en cuestiones tales como la identidad cultural, la educación, el empleo y el idioma de estos pueblos, a la vez que garantiza su derecho a la diferencia y a su desarrollo económico, social y cultural. A este nuevo y fundamental documento, le seguirían las Constituciones más avanzadas en la materia, las primeras del siglo XXI: Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. Ambas Constituciones aludieron al carácter “plurinacional” de los respectivos Estados, y la de Ecuador hizo referencia, por primera vez y de modo explícito, a los derechos de la naturaleza. De este modo, retomaban y extendían las protecciones ambientales que buena parte de las Constituciones de la región habían reconocido ya, en años anteriores.[13]

Ahora bien, ¿qué significa la resumida historia anterior, dentro del examen que estamos llevando a cabo aquí? Significa que una parte importante de la izquierda jurídica –una izquierda que, durante demasiado tiempo, había desconfiado del derecho, que tendía a considerar los reclamos en pos de nuevos derechos como irrelevantes o absurdos– modificó, a veces hasta el extremo contrario, su postura anterior, en particular, a partir de la conmoción causada por las violaciones masivas y gravísimas de derechos, ocurridas en tiempos de la Segunda Guerra, o más tarde, a partir de los crímenes horrendos provocados por las dictaduras de la segunda mitad de ese siglo. El impacto que tuvieron estos hechos sobre el pensamiento jurídico de izquierda fue tal que, de modo más común que excepcional, sus representantes tendieron a hacer colapsar la izquierda jurídica subsumiéndola en el viejo liberalismo constitucional, con todas las esperables e inatractivas implicaciones propias de dicho movimiento.

Así, el activismo jurídico de izquierda comenzó a vincularse con el litigio jurídico antes que con la movilización social (en ciertos círculos, sí, pero en círculos amplios); consecuentemente, el foco de la atención de ese activismo se concentró menos en la política que en los tribunales; cuestiones que antes eran concebidas, fundamentalmente, en términos de procesos políticos colectivos se reconvirtieron en litigios individuales (llevados a cabo, en esencia, por un individuo, y para ser resueltos por un técnico especializado); la reflexión teórica de izquierda, en general, fue redirigida, desde una reflexión sobre los modos del cambio social hacia otros temas relacionados con abstracciones jurídicas: las teorías de la interpretación constitucional, el litigio estratégico o los modos del enforcement judicial. En los peores casos, que no fueron pocos, la transformación de cierta porción del derecho de izquierda en una vertiente del liberalismo constitucional vino de la mano de algunos de los supuestos e implicaciones más objetables, propios de esta última tradición constitucional. Pienso, especialmente, en la desconfianza hacia la democracia –a la que muchos liberales, torpe o malintencionadamente, identificaron como base social del nazismo– y, en general, en la desconfianza que algunos doctrinarios de la izquierda mostraron hacia los procesos propios de la reflexión colectiva.[14] Una consecuencia crucial, y también chocante, de este tipo de cambios es el hecho de que el radicalismo constitucional –que se había caracterizado durante mucho tiempo por su preocupación por la cuestión social y las condiciones materiales de la libertad, que exigía la redistribución de la propiedad, como Artigas, o que se animaba a llamar a la Constitución “la ley de la tierra”, como lo hacía Ponciano Arriaga– dejó en un lugar relegado o de olvido esos reclamos, como si la prioridad fuera no la de redistribuir la riqueza, sino la de buscar, en un litigio, el reconocimiento judicial a un derecho individual de carácter social.

La deriva mayoritarista: ¿autonomía individual o pura regla de la mayoría?

Esta última deriva tiene que ver con el modo en que cierta izquierda jurídica ha ido recuperando el principio mayoritario. Aquí (y de manera opuesta al caso anterior), nos encontraremos con una porción de la izquierda que, en su obstinada o dogmática adhesión a la regla de la mayoría, comienza a desplazar u olvidar el otro costado de sus compromisos fundamentales, vinculado con la protección de las libertades personales. En este caso, las libertades personales pierden fuerza jurídica, como si volvieran a ser meras formalidades abstractas, irrelevantes en la práctica constitucional.

Para precisar, recordemos que, en buena medida, todos los procesos revolucionarios que hemos examinado asentaron su reclamo de autogobierno en demandas por mayor libertad personal, y en contra de regímenes que, de un modo u otro, buscaban imponer una concepción del bien (por ejemplo, una religión a la que se consideraba oficial), perseguían a los disidentes y ejercían la censura sobre la prensa y las voces críticas. La fuerza de las revoluciones sociales, por lo común, nacía de esas motivaciones: la rebeldía contra el poder opresor, la búsqueda de libertad personal. Sin embargo, también es cierto que, en tren de afirmar la regla mayoritaria (o una versión posible de la participación popular), el pensamiento que asociamos con la izquierda terminó comprometido con la imposición de modelos morales particulares. En algunos casos, manifestó dificultades para relacionarse con, o respetar debidamente, a las minorías étnicas, raciales o políticas.

La teoría de Rousseau tendió a identificar a quienes no participan de la voluntad general como personas equivocadas. De manera similar, el antifederalismo estadounidense llegó a propiciar un tratamiento privilegiado para las religiones mayoritarias a nivel estatal, justamente por ser mayoritarias; y parte del radicalismo latinoamericano suscribió abiertamente una visión del constitucionalismo según la cual los deberes del ciudadano hacia los demás, o hacia su patria, desplazaban con fuerza los más básicos reclamos vinculados con la propia vida, libertad o propiedad. En este sentido, podríamos decir que, en

ciertas ideas comunes dentro de la tradición del pensamiento jurídico de izquierda (ideas compartidas o afines a las del mayoritarismo político) latía, fuertemente, un componente peligrosamente antiliberal, desinteresado en torno al primordial valor de las libertades personales.

En la actualidad, han renacido o recobrado fuerza aquellos impulsos antiliberales que anidaban dentro de la izquierda jurídica más tradicional. Las razones que explican la revitalización de estos impulsos mayoritaristas son, seguramente, muy diversas. Pueden figurar, entre ellas, la extendida conciencia de que nuestros sistemas democráticos funcionan muy mal, de que el poder ha quedado concentrado en burocracias y élites, y de que hay una enorme demanda social –silenciosa a veces, ruidosa otras– en reclamo de mayores oportunidades para la participación política (supuestos propios de un movimiento antiestablishment, muy en boga en estos años). Del mismo modo, el hecho de que parte de nuestras élites políticas muestren una renovada sensibilidad mayoritaria puede tener que ver con un uso manipulativo del discurso mayoritario: simplemente, una manera de socavar el poder de los órganos nacionales de decisión, o un ansioso intento de dotar de legitimidad democrática a expresiones que difícilmente merezcan ser caracterizadas como democráticas. Asimismo, y según veremos al examinar la idea de "democracia populista", puede ocurrir que se apele al argumento mayoritarista de una manera meramente estratégica, destinada a galvanizar a cierto sector de la sociedad en contra de otro sector al que se identifica como enemigo. Son muchas las razones que nos permiten explicar el renacimiento del pensamiento mayoritarista. Más difícil, en cambio, es explicar por qué –si no por inercia, dogmatismo o falta de reflexión– ciertos sectores de la izquierda jurídica terminan adheridos a ese tipo de visiones.

De hecho, en ocasiones –no pocas, con el aval de cierta porción de la izquierda jurídica– el derecho moderno avaló violaciones graves de derechos personales, en nombre de la democracia y la regla mayoritaria. Recuérdese, por ejemplo, la iniciativa popular llevada adelante en el estado de Colorado, en 1992, para enmendar la Constitución, dirigida a impedir que se diera protección especial a los homosexuales, y que fue aprobada por mayoría. La enmienda, invalidada por la Corte Suprema estadounidense en el caso "Romer c. Evans" (517 U. S. 620, 1996), resultó una trágica manera de restringir gravemente los derechos de una minoría perseguida, a través de un mecanismo puramente mayoritario. Parte de la izquierda, sin embargo, quedó encerrada en un dilema, por su dificultad teórica para objetar al mayoritarismo que reduce la democracia a un sistema de mera agregación o superposición de votos. De manera similar –y similarmente

trágica–, el más reciente fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de aborto –"Dobbs c. Jackson Women's Health Organization" (2022)– nos ofrece un ejemplo paralelo, y diferente a la vez, del anterior. Aquí, una Corte ultraconservadora sostuvo que cuestiones como las del aborto, que involucran algunas de las más íntimas decisiones personales, debían ser –de allí en más– objeto de decisión por parte de las legislaturas locales, es decir, puro fruto de la voluntad mayoritaria expresada por las legislaturas de cada lugar. Para concluir, agregaría que estos son solo algunos ejemplos importantes –pasados y presentes– del modo en que el argumento (puramente) mayoritario, dentro del constitucionalismo, ha venido a ponerse al servicio de la restricción de los derechos personales. El igualitarismo constitucional que aquí se propone claramente desafía y resiste esta visión porque asume que la defensa del principio democrático es, puede y debe ser por entero compatible con la preservación de las libertades personales más básicas.

[9] La Declaración fue redactada por una comisión especial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas –la Comisión de Derechos Humanos– formada por ocho representantes de países diversos, que incluyeron a Eleanor Roosevelt, por los Estados Unidos; René Cassin, por Francia, y Hernán Santa Cruz, por Chile, entre otros. El proyecto de Declaración fue aprobado el 10 de diciembre de 1948 en París, por los cincuenta y ocho Estados miembro de la Asamblea General de la ONU (48 votos a favor y 8 abstenciones, incluyendo las de la Unión Soviética y los países del Este). El documento quedó como una declaración por algunas décadas, hasta que ganó carácter obligatorio, junto con otros dos tratados aprobados en 1966 (que entrarían en vigor solo una década después): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Estos pactos destinados a la protección de derechos debían haber sido producidos por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1948, pero entonces la Comisión solo llegó a aprobar el catálogo general de derechos que se conoció como la Declaración Universal. Luego de que esta fuera aceptada, la Comisión encontró dificultades graves para seguir trabajando, y su funcionamiento quedó trabado en el marco de la Guerra Fría. Durante esos años, los países del bloque capitalista abogaron por un pacto destinado a la protección de los derechos civiles y políticos; y los del bloque socialista insistieron en otra modalidad de acuerdo que pusiera atención especial en los derechos económicos

y sociales. Más tarde, un grupo de países del llamado “Tercer Mundo” comenzó a abogar por otro tratado diferente, destinado a asegurar la protección de los derechos de los pueblos, en particular, de aquellos que habían sido descolonizados recientemente.

[10] Véanse Fiss (1976), Rosenberg (1991), Ackerman (2018).

[11] El movimiento feminista reconoce raíces muy profundas, y algunos antecedentes son particularmente relevantes, como el del movimiento de las sufragistas inglesas, fundado en 1903, que reclamaba, a través de medidas de acción directa y de desobediencia civil, por el derecho de las mujeres a votar en las elecciones del Reino Unido.

[12] Pueden mencionarse aquí Constituciones como las de Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina y Bolivia (1994), Ecuador (1996 y 1998), Venezuela (1999), México (2001). Encontramos, entre tales documentos, Constituciones que adoptan fórmulas que definen el Estado como multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), y garantizan ya sea el derecho a la diversidad cultural (Colombia, Perú), ya sea la igualdad de culturas (Colombia, Venezuela), quebrando así el diseño monocultural heredado del siglo XIX (véanse Yrigoyen Fajardo, 2011: 132; Ramírez, 2015).

[13] Así, por ejemplo, Argentina, art. 41; Bolivia, art. 33; Brasil, art. 22; Chile, art. 19, inc. 8; Colombia, art. 79; Costa Rica, art. 50; Ecuador, art. 14; El Salvador, art. 117; Guatemala, art. 97; Honduras, art. 143; México, art. 4; Nicaragua, art. 60; Panamá, art. 118; Paraguay, art. 7; Perú, art. 2; República Dominicana, art. 66; Uruguay, art. 47; Venezuela, art. 117.

[14] Este viraje del constitucionalismo hacia el paradigma de los derechos ha venido generando reacciones particulares (y más recientes) en otros sectores, más críticos, de la izquierda constitucional. Así, por ejemplo, en autores inscriptos dentro de la corriente conocida como political constitutionalism (Bellamy, 2007; Loughlin, 2022; Tomkins, 2005; y sus antecesores, como Griffith, 1977). Uno de los autores más prominentes de esta corriente, Martin Loughlin, dedicó buena parte de sus últimos trabajos –y uno de sus textos más recientes, Against Constitucionalism– precisamente a calibrar y desarrollar esa crítica contra el constitucionalismo. Resulta central, en su caso, la denuncia de estos desarrollos como “respuesta a la menguante capacidad de las legislaturas para implementar programas redistributivos, que da completo apoyo a la idea de

un litigio individualizado, monitoreado por los tribunales constitucionales" (Loughlin, 2022: 186). Con él, parte de la actual doctrina constitucional británica citada tiende a mirar al pasado –con nostalgia de los años felices del Estado social– buscando inspiración para pensar en alternativas para el presente. Ellos anclan su mirada en aquella etapa de posguerra, a la que ven marcada por el Welfare State: por ejemplo, las políticas de pleno empleo, la primacía de la política, la crítica de clase al activismo judicial, los partidos políticos fuertes, las frecuentes movilizaciones populares y los sindicatos poderosos.

3. ¿Qué concepción de la democracia es la que debería hacer suya un derecho de izquierda?

La conversación entre iguales como versión de la democracia deliberativa

Aquí voy a proponer que la concepción de la democracia que mejor encaja con un derecho de izquierda es aquella que expresa el ideal de la conversación entre iguales (Gargarella, 2021). Esta visión considera que, en una sociedad plural, multicultural, marcada por una diversidad de visiones (razonables) y profundos desacuerdos sobre cómo llevar adelante la vida colectiva, la forma más apropiada de resolver esas diferencias –una forma respetuosa de la común igualdad (nuestra "igual dignidad moral")– es desarrollar una conversación inclusiva y horizontal ("entre todos los potencialmente afectados", como diría Jürgen Habermas), buscando limar diferencias y construir acuerdos. Señalar esto no implica asumir que, si se apela a la conversación, no habrá más conflictos; que todos los desacuerdos pueden (o merecen) resolverse conversando (por ejemplo, una agresión sexual); que todas las personas están motivadas para participar en política (o que necesitan estarlo, en todos los casos); que la conversación tiene sentido, con independencia de las condiciones en que se desarrolla (por ejemplo, en un contexto en que una porción de la sociedad necesita dedicar sus principales energías para asegurar su subsistencia). Nada de eso: se trata, simplemente, de un "ideal regulativo", que nos da fundamentos para examinar críticamente nuestras prácticas institucionales y nos ayuda a orientar nuestras propuestas de reconstrucción institucional (por ejemplo, qué tipo de cambios institucionales promover y en qué dirección).

La idea de la conversación entre iguales forma parte de la vasta familia que hoy conocemos como teorías de la "democracia deliberativa" (Besson y Martí, 2017; Habermas, 1996; Elster, 1998; Nino, 1991). Se trata de teorías que consideran que las decisiones públicas se justifican en la medida en que sean el resultado de una deliberación entre todos los afectados: la decisión del caso debe ser el resultado de la fuerza del mejor argumento. Algunas diferencias importantes distinguen la conversación entre iguales de la mayoría de las teorías que hoy forman el núcleo central de la democracia deliberativa. En particular, se pueden mencionar dos aspectos. En primer lugar, en la conversación entre iguales que defiendo aparece en claro que la conversación no se reduce, exclusivamente, al

intercambio de argumentos (como podría darse en el foro judicial o en el ámbito de una clase). Aquí se entiende que las emociones, el enojo, los gritos también pueden alimentar una discusión entre personas que están en desacuerdo: se trata de formas, normalmente legítimas, de expresar quejas y puntos de vista, sobre todo en el marco de sistemas institucionales que no funcionan bien o están en crisis. De manera similar, se asume aquí que la conversación pública debe ser lo más horizontal y extendida posible (una conversación entre todos los afectados). Ello, en particular, en el marco de sociedades afectadas por una profunda crisis de representación, que –como veremos– hacen que la discusión desarrollada por representantes en un Congreso o Parlamento tenga, en general, solo un vínculo muy tenue con lo que podría ser una discusión pública extendida entre los ciudadanos. La postura que aquí defiendo ve la discusión política o parlamentaria no como un posible sucedáneo de la discusión entre todos, sino como una forma, en principio muy alejada y distorsionada, de la conversación entre iguales (Nino, 1991).

Otros ideales democráticos que conviene poner en cuestión

Aunque examinaremos con detenimiento ciertos detalles de la conversación entre iguales, en este punto quisiera distinguir el ideal de este formato de otros ideales democráticos que han estado o aparecen presentes en las propuestas ideológicas más vinculadas con la izquierda. Por ejemplo, la voluntad general (que asociamos con el pensamiento de Rousseau); la democracia plebiscitaria o fuerte (como la que propusiera Benjamin Barber); la democracia populista o radical (como la que defendiera Ernesto Laclau). En el marco de este trabajo, solo puedo dar un primer esbozo de esta discusión, que podría llevarnos todo el libro. Por lo tanto, me contentaré con presentar y criticar tales visiones en unas pocas líneas, que permitirán a los interesados contar con una guía desde donde continuar este debate.

Voluntad general

Primero, la idea de Rousseau sobre la voluntad general definió, y sigue definiendo, muchas de nuestras discusiones en materia de democracia. Rousseau era crítico de los sistemas tradicionales de la representación política, y es uno de los teóricos en que nos apoyamos para fundar el ideal del autogobierno. Sin embargo, en el núcleo de su propuesta aparecían elementos que hoy no pueden sino generar resistencias en quienes pensamos en un constitucionalismo democrático para sociedades plurales. Cuando Rousseau hablaba de la voluntad general como la voluntad del pueblo que debía decidir sobre todos los asuntos de gobierno, no pensaba (como lo hacen hoy algunos de sus continuadores) en la voluntad de la mayoría: él consideraba que personas situadas en un pie de igualdad (condición para el surgimiento de la voluntad general) iban a saber reconocer, cada una, y a partir de su autorreflexión, qué era lo mejor para todos: esa conclusión compartida era lo que llamamos "voluntad general". Para ilustrarlo con un ejemplo burdo: si somos cien personas (iguales) en la comunidad, y tenemos cien manzanas para repartir, cada persona debería poder reconocer (y luego votar por ello) que lo que debe hacerse es entregar una manzana a cada uno. Esa es la expresión de la voluntad general, que no requiere mayorías ni debates previos. Y si alguien, en el momento de votar, pide para sí las cien manzanas, no se trata de alguien que piensa diferente, sino de una persona equivocada, que no ha sabido reconocer lo que los demás sí: cuál es el contenido de la voluntad general. En primer lugar, hay una cuestión muy grave, en el marco de una sociedad plural y marcada por los desacuerdos, en ese tratamiento como alguien equivocado a quien simplemente piensa de manera diferente. En segundo lugar, hay un problema serio en ese supuesto antideliberativo, que –como bien señaló Bernard Manin (1987), especialista en Rousseau– considera que la formación de grupos –como la llegada de nuevas minorías, ajenas a la comunidad– y la discusión entre ellos empeoran, en lugar de enriquecer, la democracia por contribuir a que surjan y se hagan evidentes o se extremen las diferencias de pensamiento existentes entre los miembros de la comunidad. Por lo mismo, anida en dicha visión un supuesto difícil de aceptar, acerca de la autoiluminación a la que puede llegar cada uno, pensando y motivándose a pensar solo en términos de los intereses de todos. Aun en

sociedades más igualitarias, no es dable creer ni asumir que las personas se inclinarán a pensar en el interés común, y reconocer cuál es ese interés. En todos estos aspectos –el rechazo a la deliberación, el pensar las diferencias como problema, el concebir a las minorías recién llegadas como amenaza para la comunidad–, resulta claro que el ideal de la conversación entre iguales se diferencia del ideal de la voluntad general.

Democracia participativa

Este ideal también es muy distinto de las visiones meramente participativas o plebiscitarias de la democracia. Pensemos, por caso, en el trabajo de Benjamin Barber (1984) sobre la democracia fuerte, que puede simbolizar bien esta forma de pensar la democracia. Este punto de vista asume, con razón, la crisis de la democracia representativa así como los límites de las liberales (contramayoritarias), y propone como alternativa una democracia en la que se ofrecen amplias oportunidades para la decisión directa de las mayorías, con aliento de su participación activa, en línea con lo que fuera el antiguo modelo ateniense. Barber, en particular, centró sus esperanzas en el uso de medios electrónicos para que los ciudadanos expresen sus decisiones informadas, a través de referendos o plebiscitos (Barber, 1984; Gutman, 1993: 415). Desde el punto de vista de la conversación entre iguales, esta idea de la participación como votación permanente resulta muy poco atractiva. Básicamente, votar no es conversar. En efecto, votar no nos ayuda a iluminarnos y corregirnos unos a otros, a reconocer el valor que hay en lo que piensa el otro. Mucho peor: la votación suele ser la negación de la posibilidad de conversar y matizar. Un ejemplo simple: un plebiscito por "sí" o "no" al aborto no solo no nos ayuda a encontrar puntos de acuerdo, sino que, además, nos fuerza a tomar posiciones extremas sobre cuestiones complejas y cargadas de matices; en este caso, nuestra respuesta podría ser: "Sí al aborto cuando concurren tales y tales circunstancias, pero en el caso del feto anencefálico tal otra cosa; o el aborto solo debería ser permisible hasta tantos meses, pero no luego".

En ese marco, difícilmente pueda sostenerse que, para democratizar una sociedad, o una institución, lo que debe hacerse es votar más. Sin embargo, eso –a menudo, solo eso– es lo que se reclama, aun desde la izquierda. Para decir lo propio con algún ejemplo: si alguien sugiere democratizar las fiscalías, la respuesta inmediata desde la izquierda es "Votemos a los fiscales". Alguien propone que debe democratizarse el Poder Judicial; la izquierda responde enseguida: "¡Jueces electos por votación popular!". El escenario, tantas veces repetido, daría gracia si no fuera desolador: ¿cómo es posible, a esta altura y a la luz de una historia que todos conocemos? Adviértase lo siguiente: el juez o la

fiscal que elijamos mañana, por votación popular, se quedará luego en su puesto por largos años (en algunos casos, de por vida), y durante todo ese tiempo nuestra posibilidad de interactuar con él o ella será, simplemente, nula. Ahora, la autoridad electa contará con el poder enorme con el que cuenta siempre, que le permitirá negociar de manera espuria, si así lo quiere, cada una de sus decisiones pero mucho peor que hasta hoy: ahora actuará como lo hacía antes, pero con una legitimidad democrática de la que antes carecía, y a nuestro nombre. Nuestra situación, como ciudadanos, resulta peor de la que ya teníamos: quedamos con menos poder (el funcionario exhibe ahora credenciales democráticas que antes no tenía) y otra vez en silencio: nuestros lazos con los funcionarios, nuestras posibilidades de interactuar con ellos, nuestra capacidad de reprocharles por lo que deciden, son nulos. Por lo dicho, cualquier proceso de democratización necesario, deseable (de la justicia, de la economía, del derecho), eventualmente puede incluir más votaciones, pero, sobre todo, debe implicar foros de debate, lugares de encuentro, herramientas para la corrección y el reproche y mecanismos de control en manos del ciudadano.

Democracia populista

En el caso de la democracia populista defendida, por ejemplo, por Ernesto Laclau, la sociedad enfrenta una situación extrema de crisis de representación, que tiende a resolver a través de la identificación con un líder populista. Que se produzca, en los hechos, esa identificación depende de varias cuestiones, que incluyen esa fuerte ruptura o crisis del sistema, con profundas demandas insatisfechas, y el establecimiento de una cadena de equivalencias que permite que el líder agrupe esas demandas insatisfechas bajo cierto paraguas común o –en términos de Laclau (2014)– bajo un "significante vacío" como la idea de "pueblo". Finalmente, el éxito de esta operación requiere, además, que se mantenga viva esa identificación (esa construcción identitaria), a lo largo del tiempo, a través del no reconocimiento de una parte de esa comunidad política. Se constituye así esa dinámica (schmittiana) de amigo o enemigo, en la que el pueblo antagoniza con el antipueblo (Laclau, 2014; Peruzzotti, 2021; Martinico, 2021; Urbinati, 2019). La unidad del pueblo se mantiene así, fundamentalmente, con el sostenimiento de ese intenso antagonismo con otra parte de la sociedad (el antipueblo).

Son muchas, y demasiado importantes, las cuestiones que merecerían señalarse en la diferenciación entre esta postura populista y la conversación entre iguales, pero aquí me contentaré con señalar las siguientes. Primero, el populismo de Laclau en buena medida deja fuera de la vida política activa a casi toda la comunidad: a ella solo le queda avalar, aplaudir o acompañar lo que realiza el líder. Segundo, las fallas de esta visión populista no aparecen solo en términos de la exclusión efectiva de la mayor parte de la comunidad (todo lo hace y decide el líder), sino también en términos deliberativos: aquí no se delibera nada (el pueblo "no delibera ni gobierna"), sino que se asiente y acepta lo que el líder decide. Tercero, el ideal dialógico busca resolver, antes que agudizar, promover o alimentar los enfrentamientos entre sectores sociales diferentes. No es así –a través del antagonismo– en que se construye una democracia inclusiva. Frente a esto, alguien podría decir –Chantal Mouffe (2018), por ejemplo– que los defensores de la democracia deliberativa temen el conflicto, o que el liberalismo igualitario está interesado, sobre todo, en evitarlo. En mi opinión, sin embargo,

pocas cosas están más alejadas de lo cierto: toda la obra de John Rawls (tal vez la bête noire de Mouffe) aparece dirigida explícitamente a reaccionar y responder frente a los conflictos que se generan en una sociedad plural y multicultural. Dicho de otro modo: todo su liberalismo político puede leerse como un intento de ofrecer una respuesta política capaz de hacer frente a situaciones de conflicto, en apariencia, irreductible (por ejemplo, el odio racial, la guerra en nombre de la religión). En dichos casos, Rawls apuesta a lograr un consenso superpuesto, a través de acuerdos institucionales, como en su momento pudo representarlo la Primera Enmienda estadounidense acerca de la tolerancia religiosa.

Izquierda y derechos: los derechos como resultado de un proceso de construcción colectiva

Los orígenes de la idea de los derechos

En los párrafos anteriores expuse la teoría de la democracia que se encuentra asociada con un derecho de izquierda. Me referí entonces a una visión particular, que desafía muchas de las ideas de democracia prevalecientes entre corrientes y pensadores de izquierda: la democracia entendida como conversación entre iguales. En los párrafos que siguen, voy a ocuparme de determinar cuál sería la teoría de los derechos con la cual podría comprometerse un derecho de izquierda.

Ante todo, analizaré algunas de las lecturas que el derecho de izquierda debería resistir. Justamnete, visiones que considero predominantes en la teoría contemporánea, también entre doctrinarios. Pensemos, ante todo, en la tradición de los derechos naturales proveniente de Locke (en su Segundo tratado sobre el gobierno civil, publicado en 1689), y que hoy sigue influyendo en juristas que asociamos con el liberalismo de izquierda (en particular, doctrinarios anglosajones, como Ronald Dworkin; europeos continentales, como Luigi Ferrajoli, o latinoamericanos, como Eugenio Zaffaroni). Esta tradición consideró los derechos como expresión de verdades autoevidentes, cognoscibles a través de la razón y, como tales, ajenos fundamentalmente a todo proceso de creación humana. Locke destacó el hecho de que las personas nacían iguales y dotadas de ciertos derechos naturales inalienables: se trataba de derechos dados a cada persona por Dios. Locke habló entonces de tres derechos fundamentales: a la vida, a la libertad y a la propiedad (estate). Es esta manera de pensar la que todavía hoy abona la idea de que los derechos deben entenderse como parte de una esfera separada de la democracia: ajenos a ella y, por tanto, habitualmente, sujetos al exclusivo y excluyente control de los jueces.

Así, concebir los derechos como “separados de” la democracia significa sostener –al menos, en principio– que cuestiones tales como el aborto, la eutanasia o el ejercicio periodístico (por citar solo algunos casos) no deben quedar sujetas a la discusión democrática, sino retirarse del debate público para permanecer resguardadas y a salvo de toda intromisión democrática a través de los mecanismos del control judicial. Contra dicha visión, aquí me interesa defender

una aproximación radicalmente opuesta, y sostener que los derechos son producto de la democracia y que, como tales, se hallan sujetos a la regulación de la ley, de resultas de procesos (políticos, que no es lo mismo que partidarios) de reflexión colectiva. En este sentido, para el pensador británico Jeremy Bentham, debía reconocerse que los derechos eran creados por la ley, y que esta era el producto de la voluntad del soberano. Así lo sostuvo en su “Teoría sobre la legislación”: “La propiedad y la ley nacen juntos, y mueren juntos también. Antes de que las leyes se crearan, no había propiedad: cuando se las quita, la propiedad se termina” (Bentham, 2022).

Los derechos en la doctrina contemporánea

La doctrina contemporánea sigue plenamente involucrada en la discusión sobre los derechos, y sus debates de hoy no se muestran desligados de los originarios. Una parte muy significativa de esta doctrina –que incluye a autores inscriptos en lo que podríamos llamar un liberalismo de izquierda– sigue considerando los derechos, como lo hacía Locke, como vinculados a verdades autoevidentes, que "Nosotros, el Pueblo" no creamos, sino, en todo caso, reconocemos o descubrimos, aun cuando hoy repudie, en lugar de reivindicar, el lenguaje de los derechos naturales. Los derechos aparecen, entonces, como "planetas" que los principales expertos de nuestra comunidad localizan gracias a sus especiales habilidades epistémicas (si se quiere, y para continuar con la metáfora, nuestros científicos los descubren gracias a sus conocimientos y el uso de sofisticados aparatos técnicos, como grandes telescopios). Como se puede advertir, de este modo los derechos quedan vinculados con procesos por completo ajenos al debate y la decisión democráticos.

Pensemos, por ejemplo, en el primer Dworkin y su famosa distinción entre principios (derechos) y políticas (Dworkin, 1977). Él hablaba entonces de dos esferas diferentes, con contenidos distintos, que hacían un llamado a una clara división del trabajo entre jueces y legisladores: los primeros debían quedar a cargo de la custodia de los derechos (que era lo realmente importante, los principios fundamentales que debían resguardarse por siempre); mientras que los segundos debían dedicarse, meramente, a la implementación de políticas (y no, entonces, a la discusión sobre lo más importante, esto es, sobre los principios y derechos).

Pensemos también en el trabajo de Luigi Ferrajoli, quien de algún modo extremó la visión de Dworkin. Ferrajoli llama a la esfera de los derechos la "esfera de lo indecidible", y pretende describir, a través de dicha noción, todo aquello sobre lo cual la política no puede operar. El razonamiento, en verdad, es todavía más problemático de lo que allí aparece: Ferrajoli, como Zaffaroni, parte de una injustificada y muy empobrecida idea de la democracia (vinculada con los extraordinarios excesos que indebidamente se le atribuyen, desde los tiempos de

la Segunda Guerra Mundial); asume (sin mayor fundamento empírico) la irracionalidad de esas mayorías e incluso su disposición a cometer violaciones masivas y graves de derechos (el genocidio); y ve en los derechos barreras no democráticas administradas por jueces, como única salvaguarda posible para las libertades personales. Desde esta visión, puede reconocerse luego como un escándalo que en Colombia se someta a la consideración popular un acuerdo de paz (porque, como dijo en su momento Ferrajoli, 2016, "la paz no se plebiscita"); calificarse como carente de seriedad toda iniciativa que demande discutir en las calles sobre las normas penales (Zaffaroni, 2014), o que se requiera invalidar judicialmente una discusión política de décadas, referida a cómo ocuparse de las peores tragedias del pasado (como lo hiciera, sin mayores miramientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman", cuando –basándose en la idea de que la democracia no debe entrometerse con ciertas cuestiones de derechos– cuestionó la amnistía dada por Uruguay luego del fin de la dictadura, y a pesar de que esta se había aprobado legislativamente primero, y luego había sido ratificada en dos consultas populares).

Contra dicha visión, puede reconocerse una postura contraria, que encuentra anclaje en los mencionados trabajos de Bentham. La idea, en este caso, es que existe una íntima conexión entre derechos y democracia: los derechos son producto de una creación humana, y como tales nacen y mueren con la ley. Contemporáneamente, esta visión, aunque minoritaria, reconoce nobles defensas. Pensemos, por caso, en el más importante libro escrito por el filósofo Carlos Nino, Ética y derechos humanos, donde leemos al comienzo: "Indudablemente, los derechos humanos se encuentran entre las grandes invenciones de nuestra civilización" (Nino, 1990: 1). En otros términos, cuando hablamos de derechos, hablamos sobre todo de un "invento", esto es, de una creación colectiva. De manera similar, puede considerarse el caso de Cass Sunstein, profesor de Harvard y el constitucionalista más citado de nuestro tiempo. Para él, "los derechos deben entenderse como instrumentos destinados a proteger los intereses humanos más importantes" (Sunstein, 2006: 203). Esta visión (alineada con lo que se conoce como la "teoría del interés" sobre los derechos) también dice que los derechos no deben entenderse como naturales, prepolítico o pregubernamentales. Por el contrario, cuando hablamos de derechos, se trata de creaciones humanas, meros instrumentos, que diseñamos con el objeto de asegurar protección a las cosas que más nos importan.

Este tipo de enfoque es, sin dudas, el que suscribe una visión del derecho de

izquierda, y el que se relaciona con una teoría de la democracia como la de la conversación entre iguales (Gargarella, 2021). Los derechos pueden y merecen ser entendidos como el resultado de nuestra conversación democrática, extendida en el tiempo. Se trata de nuestra reflexión, a la luz de un pasado que a veces nos enorgullece, pero habitualmente nos espanta: la que surge cuando miramos los horrores y violencias que hemos cometido contra intereses que consideramos fundamentales. Se trata del compromiso que asumimos, colectivamente y de manera pública, de no volver a cometer esos excesos de los que nos avergonzamos. Por ello es que escribimos en nuestra Constitución esos compromisos: de este modo proclamamos en público que haremos todo lo posible para defender, en lo sucesivo, esos intereses fundamentales que tantas veces hemos ofendido. A esos intereses los llamamos “derechos constitucionales”: son hijos de nuestros peores excesos, fruto de nuestra reflexión democrática y expresión del compromiso que asumimos frente a quienes nos rodean y en nombre de las futuras generaciones. Los derechos constitucionales, entonces, nunca más deben ser considerados ajenos al debate democrático, sino parte fundamental y producto de este.

Derechos que sostienen derechos: del derecho de protesta al de resistencia

Dentro de la concepción de derechos referida –una concepción que vincula, en lugar de separar, los derechos con la reflexión democrática–, algunos de ellos adquieren una relevancia especial, pese al significativo hecho de que se trata de derechos relegados, desvalorizados o directamente repudiados por la doctrina legal y la política prevaleciente. Me refiero a los relacionados con la protesta social y la resistencia a la opresión.

Esta relación de desconfianza entre la doctrina dominante y derechos como el de la protesta se advierte aun en las mejores y más igualitarias concepciones teóricas con que contamos. Pensemos que la concepción de la deliberación democrática (familia dentro de la cual inscribo la conversación entre iguales) nació vinculada a la noción de "la fuerza del mejor argumento" (Habermas, 1975). Ello implicaba decir que, en un sistema apropiado de deliberación democrática, eran las mejores razones las que debían primar, antes que la violencia, la manipulación o el engaño. Esa atención tan particular sobre los argumentos se convirtió en sello de identidad de las teorías deliberativas, que prontamente parecieron dejar de lado la consideración de otras fuentes fundamentales de la deliberación colectiva, entre ellas, las emociones y la protesta social (Mansbridge, 2018). Para la concepción de conversación entre iguales que aquí defiendo, en cambio, la idea de protesta social juega un papel central (Gargarella, 2019). Ocurre que i) siendo tantas y tan severas las violaciones de derechos que ocurren en sociedades como las nuestras (violaciones que, además, adquieren dimensión constitucional, dado el marco de Constituciones generosas en materia de derechos), y ii) siendo tales las dificultades que presenta el sistema institucional para que los distintos grupos afectados canalicen institucionalmente sus quejas (insisto, quejas de rango constitucional); entonces, iii) las demandas y protestas extrainstitucionales o, en ocasiones, contrainstitucionales que tales grupos realicen se tornan relevantes –si no imprescindibles– para que el resto de la comunidad conozca esas faltas, y el sistema institucional se active, de algún modo, para remediarlas.

Por eso, he sostenido que el derecho de protesta debía ser entendido como un primer derecho: un derecho que tenía una particular relevancia en contextos semejantes; es el que nos ayuda a mantener intactos los demás derechos. Si este “cae” –por ejemplo, porque los gobiernos no toleran o reprimen todas las protestas cívicas–, toda la estructura de derechos comienza a crujir y queda en situación de riesgo.

Así es que podemos decir, contra lo que suele ser la reacción habitual de nuestros poderes públicos, que estos poderes no deben apelar, como primera respuesta frente a dichos cuestionamientos, a la represión o el procesamiento o persecución de los manifestantes. Por el contrario, en condiciones como las citadas, y prima facie, la respuesta del poder público debía ser la opuesta. Las autoridades deben preguntarse, en primer lugar, acerca de la existencia o no de graves violaciones de derechos constitucionales, caso en que deben atenderlas con urgencia, para remediar las propias faltas en su prevención y remedio. De inmediato, esas autoridades públicas deben ocuparse de proteger o salvaguardar, tanto como les sea posible, a esas voces críticas, que permiten que todos –autoridades constituidas y conciudadanos– conozcan la presencia y causas de graves violaciones constitucionales.

Esto no implica decir que toda protesta llevada adelante por grupos muy desaventajados sea justa, que todo lo que esos grupos hagan durante la protesta (por ejemplo, actos de grave violencia) esté justificado, o que nunca puede reprocharse a tales grupos por las faltas que cometen durante sus acciones de protesta. Lo crucial es que esos grupos, en la medida en que sufran agravios graves, puedan hacer conocer esas injustas violaciones de derechos que padecen. De ese modo, se hace posible, para todos, la reparación institucional de tales violaciones. Como dijimos, no implica conferir a los grupos que se quejan bandera blanca para llevar adelante cualquier tipo de acción de protesta, como violar de modo grave los derechos de los demás, aunque eventualmente algunas de esas acciones puedan justificarse o excusarse ante la ausencia de alternativas apropiadas para hacer visibles esas afectaciones de derechos. Actos que de otro modo no aceptaríamos o reprocharíamos (impedir el acceso a un edificio público, cortar parcialmente una vía de tránsito) pueden parecer, en ciertos casos, medidas necesarias, justificadas o excusables para denunciar un agravio, cuando, por razones ajenas a su responsabilidad, tales personas no pueden hacer conocer a las autoridades y a los demás los padecimientos que atraviesan.

Actualmente, se advierte que un viejo derecho de protesta –el más extremo–

viene cobrando particular fuerza, tal vez en razón del carácter grave o irremediable que caracteriza la crisis del sistema de representación democrática. Es tal la insatisfacción que genera la vida en nuestras democracias constitucionales en amplias capas de la población que, de modo más o menos explícito, comenzamos a encontrarnos con situaciones de resistencia al derecho. Es interesante tomar nota de esta situación, teniendo en cuenta que un pensador liberal conservador como Locke alistó el derecho de resistencia entre las cuatro ideas fundamentales con las que pensaba el gobierno civil.[15] Primero en Locke, luego en Jefferson, más tarde en buena parte de las nacientes naciones independientes, la noción de la “resistencia al derecho” recorrió la historia del derecho moderno, hasta esfumarse, repentina y sorpresivamente, de ese menú privilegiado de principios dentro del cual se encontraba. El hecho es que, hoy, ese derecho con extraordinario linaje merece ser retomado como última carta, frente a graves y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales (Gargarella, 2005). Necesitamos volver a pensar en las condiciones de una posible justificación del derecho para resistir al derecho. En este sentido, Rawls sostuvo que, en determinadas circunstancias, “las acciones militantes y otros tipos de resistencia”, “desarrolladas por quienes entienden que las prácticas prevalecientes son por completo contrarias a principios de justicia básicos” pueden encontrarse “seguramente justificadas” como modo de llamar la atención sobre “la visión predominante sobre la justicia o de modo tal de forzar un movimiento en la dirección deseada” (Rawls, 1971: 367).

Castigo (y abolición del castigo) en una comunidad de iguales

Antes de concluir este apartado sobre la noción de derechos, y sobre los derechos que sostienen derechos –como la protesta– quisiera hacer una breve referencia a la cuestión de la coerción estatal y el castigo a aquellas personas que –según reconoce y determina el Estado– han violentado derechos.

Sobre la dificultad de justificar el castigo penal

La primera aclaración que quisiera hacer es que, luego de cientos de años, la doctrina sigue encontrando dificultades extraordinarias para justificar el castigo, sobre todo cuando se lo define como “imposición deliberada de dolor” (Hart, 1968; Bedau, 1961). Desafortunadamente, las razones que acostumbran explorar nuestras sociedades para justificar el castigo han demostrado ser muy frágiles, tanto las kantianas o retributivistas (“le impongo un castigo porque se lo merece”), como las benthamianas o consecuencialistas (“le impongo un castigo como forma de disuadir a los demás de que sigan su ejemplo”).

El utilitarismo enfrenta problemas serios por los modos en que tiende a tomar a las personas como meros medios para el beneficio de otros, por su susceptibilidad para avalar el castigo de inocentes (por qué no hacerlo si dicha decisión permitiera evitar, por caso, situaciones de pánico social o disturbios generalizados), por el hecho de que las penas (típicamente, privativas de libertad) que avala no muestran la capacidad disuasoria que el utilitarismo alega, y por el hecho de que existen formas alternativas de disuasión que resultan, a primera vista, más razonables, menos violentas, menos brutales, para el reproche penal. Por otro lado, las justificaciones del castigo asociadas con el retributivismo también han mostrado sus problemas. Se dice entonces que el castigo, administrado por el Estado, se parece demasiado a una forma de venganza. Por lo demás, las justificaciones retributivistas se enfrentan con el problema serio de cómo entender la proporcionalidad que avalan entre crimen y castigo: ¿cuál es, en un caso concreto, una respuesta satisfactoria proporcional al mal que se ha cometido? Para peor, las formas contemporáneas del retributivismo aparecen comprometidas con más y más castigos severos (Braithwaite y Pettit, 1990). Es interesante notar que estas críticas a las justificaciones prevalecientes en torno a la pena, hoy comunes dentro de la doctrina, no eran ajenas a las reflexiones de Karl Marx, quien dedicó pocas pero ricas páginas al castigo penal, particularmente, en un artículo aparecido en New-York Daily Tribune en 1853. Allí, criticó con dureza el utilitarismo (sostuvo que “el mundo no ha sido ni intimidado ni mejorado por el castigo. Más bien lo contrario”), y mostró una posición más respetuosa del retributivismo, doctrina a

la que terminó criticando, al plantear qué pasaría si, en la práctica, las leyes sirvieran solo a los intereses de las clases dominantes. Se preguntó: “¿Sería justo, en tales situaciones, forzar a los ofensores a cumplir con la ley, o sería este solo un modo de contribuir a la consolidación del statu quo?”. Para Marx, reforzar el castigo en una sociedad desigual era “reforzar el statu quo”.

El reproche estatal para el derecho de izquierda

El fracaso exhibido por las respuestas teóricas tradicionales sobre la forma de justificar el castigo que proponen como respuesta a las violaciones de derechos no significa que la actitud del derecho de izquierda sería cerrar los ojos ante las faltas graves que alguien pudiera cometer. Que la práctica tradicional del castigo resulte difícil o imposible de justificar sugiere, en todo caso, que la respuesta estatal frente a las violaciones de derechos debe ser diferente de la dominante y común.

En efecto, en la actualidad, las respuestas del Estado a las ofensas cometidas se caracterizan, crecientemente, por su violencia: lo que se busca es –como nos recuerda Duff– "amoldar a alguien a los golpes", asustar a alguien, provocar que la persona tenga miedo y, por eso, no vuelva a cometer una falta. Dicha idea contradice, directamente, los propósitos que debe tener el reproche penal en una comunidad de iguales. Lo que aquí importa, en primer lugar, es que esa persona entienda la gravedad de su falta y no vuelva a cometerla (Duff, 2001). Debe resultar claro, en todo caso, que la respuesta estatal no debe tener como componente distintivo la exclusión (por ejemplo, la cárcel), mucho menos con la idea de que, de ese modo, una vez cumplida su pena, esa persona podrá integrarse mejor a su comunidad. Resulta simplemente absurda la idea de que alguien va a estar en mejores condiciones de sumarse de nuevo a la sociedad luego de que se la separa de su comunidad, de sus vínculos y afectos, a la vez que se la vincula con las personas que la sociedad ha identificado como las de peor conducta. En tal sentido, la respuesta estatal debe ser, fundamentalmente, integrativa, genuina y orientada para que la persona vuelva a vincularse con su comunidad. Finalmente, debe considerarse –contra el sentido común prevaleciente dentro de la doctrina penal– que existe una amplia diversidad de respuestas posibles, diferentes de la exclusión carcelaria, para quienes cometen faltas graves. En su trabajo de 1990, John Braithwaite y Philip Pettit exploran varias de ellas, incluyendo las multas y las afectaciones a la propiedad, el trabajo comunitario, la inhabilitación para ciertas tareas, entre otras (Braithwaite y Pettit, 1990). Por todo lo dicho, puede concluirse que, en una comunidad de iguales, las formas tradicionales del castigo (violentas, crueles, irracionales, excluyentes)

deben quedar abolidas (Christie, 1977, 1981).

Las precondiciones de la coerción estatal

La última aclaración que quisiera hacer tiene que ver con la pregunta sobre la autoridad del Estado para hacer uso de la coerción. La cuestión es relevante porque se trata de uno de los poderes más importantes de los que dispone el Estado, y de los que más riesgos genera. En tal sentido, debe señalarse que: i) en general, no es fácil justificar el uso de (cualquier versión de) la coerción estatal (según Rawls, esta es la gran pregunta de la filosofía política: cuándo se justifica la coerción), y ii) que, por razones obvias, resulta todavía más difícil de justificar la coerción estatal en contextos de injusticia y desigualdad, en particular, porque en tal contexto es dable esperar que el derecho sea escrito, aplicado e interpretado por unos pocos, lo que torna previsible que comience a sesgarse en favor de quienes ocupan posiciones de privilegio en esa estructura decisoria (¿por qué aplicarían el derecho contra ellos mismos, pudiendo eludirlo? ¿Por qué se abstendrían de proteger los privilegios o beneficios especiales de los que gozan?). Un dato común a todas nuestras sociedades reafirma, del modo más grave, la seriedad de ese tipo de riesgos: vivimos en sociedades multiculturales, en las que sistemáticamente se encuentran composiciones carcelarias homogéneas. Resultados tan trágicos solo se explican por la presencia de sistemas institucionales afectados por graves sesgos internos.

Al respecto –y a la par de modestos, lentos pero significativos avances doctrinarios–, es posible sostener que no cualquier Estado puede reclamar autoridad sobre nosotros ni puede, bajo cualquier condición, ejercer su fuerza. En lo que nos interesa, la autoridad del derecho y lo que va de la mano de ella, esto es, el uso legítimo y justificado de la fuerza estatal, requieren el cumplimiento de ciertas condiciones básicas o precondiciones, que no están presentes en muchas de las sociedades en las que nos encontramos. ¿Quiere esto decir que, en sociedades fuertemente desiguales, debería negársele al Estado la autoridad para hacer uso de la violencia que monopoliza y controla? Tal vez sí. El hecho de que esta respuesta resulte angustiante no niega la importancia de plantear la pregunta del caso, ni convierte esa misma posible respuesta en incorrecta o injustificada.

▪

[15] Como vimos, i) existen ciertos derechos inalienables, que ii) todo gobierno debe proteger, iii) asentándose en el consentimiento de los gobernados, quienes iv) pueden resistir contra sus autoridades cuando ellas incumplen con sus deberes fundamentales.

4. Instituciones que sí e instituciones que no (si asumimos un compromiso fuerte con la democracia)

Cómo recuperar el contenido democrático del constitucionalismo

En las páginas que siguen, me concentraré en el análisis de instituciones específicas, comenzando por las que –más allá de inercias o prejuicios– la izquierda debería resistir o adoptar con más lucidez. Tal vez sea todo lo que podemos hacer desde la academia: definir principios, marcar la dirección hacia donde ir y por qué razones, ayudar a precisar el diagnóstico e impedir así que se insista con soluciones y propuestas equivocadas. Haré un repaso de los "caminos (institucionales) que no se han de tomar" y de algunas alternativas más atractivas.

Un constitucionalismo que, por extraño que suene, desconfía de la democracia

Si lo que necesitamos es cambiar los fundamentos del sistema institucional, hay que democratizar el constitucionalismo. Desde sus orígenes, las relaciones entre democracia y constitucionalismo han sido tensas (Elster y Slagstad, 1993). Simplificando exageradamente una historia demasiado larga, podría decirse que las revoluciones de Francia y los Estados Unidos plantearon dos modos de relación diferentes entre ambos ideales, y que el modelo que terminó por imponerse fue el más restrictivo sobre el ideal democrático. El tipo de constitucionalismo que se expandió por Occidente, desde finales del siglo XVIII, estuvo destinado a contener y limitar, más que a promover y expandir, ese ideal democrático. De modo más controvertido aún, podría decirse que el constitucionalismo se fundó sobre presupuestos de desconfianza democrática, organizándose a través de un entramado institucional que modeló ese temor a los excesos democráticos (Dahl, 1956). De la construcción institucional que empezó a erigirse desde entonces, destacan algunas piezas que ratifican dicho sesgo: por ejemplo, un sistema representativo que se sostiene en la distinción y separación entre ciudadanos y representantes, antes que en el persistente vínculo entre ellos (Manin, 1997); pocas oportunidades para la participación o intervención cívica de la ciudadanía (para lo cual se dejaron de lado los múltiples mecanismos propuestos o implementados, alguna vez, para potenciar la capacidad ciudadana de decisión y control sobre sus autoridades); la decisión de apostar por el autointerés, antes que por la virtud cívica, como combustible del constitucionalismo; la supresión de los foros ciudadanos y town meetings; las elecciones indirectas; la decisión de dejar la última palabra institucional en manos de jueces –guardianes platónicos– a los que se atribuía la capacidad técnica (epistémica) de conocer lo justo. A esto apunta Roberto Mangabeira Unger cuando se refiere al “pequeño y sucio secreto” del constitucionalismo (Unger, 1996). El derecho de izquierda necesita organizarse a partir de fundamentos opuestos, relacionados con la confianza antes que con la desconfianza democrática: el constitucionalismo debe ayudar a organizar, no a impedir, nuestra conversación democrática.

Votar no es conversar

El voto periódico siempre se ha caracterizado como un elemento definitorio de la organización democrática: eso que nunca debería faltar. Tal vez por ello se tiende a pensar demasiado poco sobre el voto: se trata de un supuesto del que se parte, sin mayores reflexiones adicionales. Sin embargo, la izquierda necesita “correr las cortinas” que han comenzado a encubrir la cuestión, y empezar a pensar críticamente sobre ella. Enumero aquí solo algunos de los múltiples problemas que afectan al voto periódico.

Sobre las extremas limitaciones del voto

Dentro de las tradiciones radicales del pensamiento político, el voto siempre fue una pieza más, indispensable, dentro de un amplio conjunto que posibilitaba el autogobierno colectivo. Ellas podían variar un poco, de caso a caso, pero se trataba de múltiples piezas –ya existentes o demandadas– que se articulaban entre sí. Pongamos, por citar algunas: rotación obligatoria en los cargos, mandatos cortos, revocatoria de mandatos, asambleas comunales o town meetings. Acompañado de todo un entramado de herramientas, el voto cumple una función fundamental. En soledad, en cambio, luego de que se suprimieran o dejaran de lado muchas de las herramientas que lo acompañaban, el voto pierde mucha de su fuerza y comienza a cargar sobre sus espaldas responsabilidades y expectativas que no está en condiciones de satisfacer.

¿Pasado o futuro?

Desprovisto de ayudas o respaldos institucionales apropiados, el voto no puede servir al mismo tiempo –como hoy se pretende– para orientar políticas a futuro y responsabilizar –premiar y castigar– por políticas adoptadas en el pasado. Y lo mismo sucede con representantes particulares: ¿cómo hacer para decirle a un representante, a través del voto, que quiero que lleve adelante determinadas iniciativas, que tal vez ha prometido, y a la vez premiarlo o castigarlo por alguna de las decisiones que tomó en el pasado? En algún momento, si bien no estaba asegurada, esa tarea al menos se facilitaba por la existencia de instrumentos diversos: cualquier ciudadano podía utilizar el voto para orientar a futuro y otra herramienta independiente –por ejemplo, la revocatoria vigente en varios estados de los Estados Unidos a fines del siglo XVIII– para reprochar lo hecho en el pasado.

Políticas y candidatos múltiples

Las cosas se agravan si complejizamos el panorama. Imaginemos que ahora nos interesa hablar ya no de un político X o de una iniciativa política Z, sino de un plan de gobierno, o de una batería de medidas que ha tomado cierta administración. Imaginemos que queremos decirle a un gobierno que deje de lado determinadas iniciativas tomadas en el pasado (por ejemplo, su política de seguridad), pero no todas (su plan económico o ciertas medidas); o que, de aquellas que promete adoptar, implemente algunas (una ley de aborto), pero no todas (su política sobre minería). O si no, pensemos que queremos decirle a un grupo político que siga promoviendo a ciertos candidatos, pero que se libre de otros (por sus comportamientos corruptos). ¿Cómo hacemos? Nuestra imposibilidad de “decir algo” a través del voto parece absoluta. Quedamos obligados a manifestar un apoyo o rechazo ciegos, y a confiar en que nuestros votos se sepan interpretar, lo cual genera terribles dificultades adicionales relacionadas con quién va a interpretar o cómo se va a interpretar ese agregado de votos, esa voluntad colectiva. En suma, primera cuestión: en su soledad actual, el voto pierde buena parte de la fuerza que, en compañía de otros instrumentos, alcanzaba. Hoy, nos sirve para decir muy poco, y de manera muy confusa.

Extorsión electoral

Lo que he denominado “el problema de la extorsión electoral” (Gargarella, 2021: cap. 8) aparece cuando debemos votar por un paquete cerrado de propuestas (un tratado, un acuerdo de paz, el Brexit, una Constitución); contamos, como es habitual, con un solo voto (“sí” o “no”), y nula capacidad de matizar o aclarar nuestro voto; y tenemos (como resulta esperable) opiniones diversas e incluso antitéticas sobre diversas secciones de lo que se vota. La situación es mucho más común y corriente de lo que parece. Supongamos que se somete a nuestra consideración una Constitución (típicamente, de doscientos, trescientos o cuatrocientos artículos) y que (más allá de que tendríamos el derecho de opinar algo sobre cada uno de los artículos del texto) queremos decir solo unas pocas cosas, pero en tensión entre sí. Digamos, un “sí” enfático a la incorporación de nuevos derechos sociales, pero un “no” rotundo a una nueva reelección presidencial. La situación nos coloca frente a un dilema trágico y extorsivo: para promover lo que decididamente apoyamos, quedamos obligados a avalar aquello que con toda convicción repudiamos. Esta situación, normal en nuestras sociedades, debería ser considerada ofensiva en términos democráticos; sin embargo, se suele describir como una alta expresión de la vitalidad democrática de nuestros sistemas. Mucho peor es que, a sabiendas de las implicaciones de ese tipo de mecanismos extorsivos, muchos líderes autoritarios adrede construyen esos dilemas, para dotar de aparente legitimidad democrática a decisiones que carecían por completo de ella. Típicamente, buscan ganar la reelección ofreciendo a cambio a los votantes que resisten esa posibilidad algunos derechos o conquistas que anhelan con fervor. Se trata de la situación que Rosalind Dixon ha descripto como “derechos como sobornos” (Dixon, 2018).

Esto pone en evidencia un problema decisivo cuando se concibe a la democracia como proponemos hacerlo aquí, esto es, como una conversación entre iguales. El problema es que el voto no nos ayuda a dialogar; tiene demasiado poco que ver con la conversación, ya que toma su lugar y la impide. Cuando nuestro único instrumento institucional para expresarnos como ciudadanos es el voto, quedamos sin la posibilidad de matizar, de informar al otro, de conocer mejor a nuestros representantes en el foro público, de corregirnos mutuamente, de

responsabilizar a nuestros representantes (premiarlos o castigarlos) por lo que han hecho o dejado de hacer. Quedamos sin chances de decir “esto sí, pero aquello no, y por qué no; en cambio, hacer aquello otro, pero hacerlo de este modo, o por tanto tiempo, o en tales espacios”. Votar no es conversar, sino un ejercicio que hacemos solos, de manera individual, en el cuarto oscuro; un mensaje habitualmente muy confuso, que otros –no nosotros– interpretarán a su modo y de la manera (más precisa o caprichosa) que puedan, desde sus posiciones de poder.

Todo lo señalado hasta aquí no pretende sugerir una conclusión del tipo “El voto no sirve: suprimámoslo”, sino otra, contraria a la anterior: sin la compañía de otros instrumentos, o en las condiciones actuales, el voto se encuentra por completo imposibilitado de cumplir con la multiplicidad de contradictorias tareas que le asignamos. La democracia requiere instituciones que incluyan el voto periódico, pero que también vayan mucho más allá: no puede ser reducida al voto o identificada con él.

Democratizar el poder es lo opuesto a concentrarlo en una persona

Contra la concentración del poder

Si la primera gran confusión institucional de la izquierda es la de asimilar democracia con voto (de manera que en definitiva la palabra pierde así su capacidad de decir, corregir y reprochar institucionalmente), la segunda gran falla es la que la lleva a asimilar –con total descuido y contra los dictados de la lógica– un presidente fuerte (al que en la coyuntura ve como aliado) con un pueblo fuerte o robustecido: por el contrario, democratizar el poder requiere dispersarlo, y no concentrarlo en las manos de uno o unos pocos. Esto va a contrapelo de la propia trayectoria del radicalismo político –marcada por movilizaciones, rebeliones, levantamientos– durante la cual la izquierda denunció la concentración del poder como rasgo del conservadurismo y reconoció a la vez que se requería mayor poder de decisión y control en manos de la ciudadanía; a contrapelo también de siglos de escritos políticos que denunciaron la concentración del poder, el absolutismo, la monarquía, el hiperpresidencialismo (¡avalando el tiranicidio!); de una larga historia (y del sentido común, en definitiva) que demuestra la irracionalidad (respecto de los propios fines) de delegar poderes discrecionales en quien hoy nos encanta o pretende seducir, invocándonos en sus discursos, pero mañana mismo puede comenzar a actuar en nuestra contra, y con "Nosotros, el Pueblo", otra vez, carentes de instrumentos para controlarlo o incapacitados para recuperar el poder delegado.

Ni presidencialismo ni parlamentarismo

Las notas anteriores pueden ayudarnos a dejar en claro por qué un derecho de izquierda debe repudiar y resistir, antes que abrazar, la concentración del poder. Este sesgo antipresidencialista y anticaudillista, que estuvo muy presente en la doctrina y en la política a comienzos del siglo XIX, tuvo un revivir muy importante en los años ochenta del siglo XX; pienso, en particular, en América Latina, una región pródiga en presidencialismos fuertes. Esto ocurrió, en buena medida, cuando la región miró hacia atrás y trató de buscar una respuesta a un siglo marcado por los golpes de Estado: la rigidez del sistema hiperpresidencialista, la falta de válvulas de escape propia de los mandatos prolongados (sin un primer ministro removible, por ejemplo), la dinámica de suma cero promovida por el sistema, llevaron a colocar el presidencialismo fuerte en el centro de las críticas.[16] Apareció entonces (hasta hoy) en la doctrina la idea de que esa crítica antipresidencial implicaba una defensa de lo que aparecía como la única alternativa institucional posible: el parlamentarismo (Linz y Stepan, 1978; Nino, 1987). Esa afirmación, que quedó instalada en buena parte de la reflexión académico-política, no solo era obviamente falsa, ya que hay mucha vida institucional posible entre ambas alternativas, sino porque además desconocía algunos problemas fundamentales en juego. Dicho con más precisión: cuando, por las razones que sea (desigualdad, alienación, burocratización, “ley de hierro” de las oligarquías), la clase dirigente aparece independizada de la ciudadanía a la que representa, el hecho de que todos los asuntos públicos queden en manos de una sola persona o de una pequeña élite constituye un problema bastante similar (si no es que la decisión de unos cuantos, sujetos al lobby permanente de los sectores económicamente más poderosos, no dificulta y enturbia todavía más lo que sigue siendo una decisión –en nuestros términos– muy poco democrática de una ínfima minoría).

El fin de la representación política

Una irremediable crisis de representación

Estos problemas ratifican la existencia de una dificultad mayor, que la literatura expresa a veces con la idea de “crisis de representación”. Esta expresión resulta un tanto equívoca, porque sugiere que estamos ante un dilema coyuntural, superable, momentáneo, cuando en verdad tiene un carácter estructural. Digámoslo así: el sueño de la representación (y, sobre todo, el de la representación plena) se terminó, y no es posible volver atrás para recuperarlo. El constitucionalismo, desde su nacimiento, buscó que la Constitución reflejara el orden social y expresara institucionalmente todas las diferentes secciones de la sociedad, que se asumían como homogéneas en su interior: ricos y pobres, comerciantes y campesinos. Si la Constitución les daba cabida a todos los sectores y los involucraba en el proceso de toma de decisiones, luego, toda la sociedad quedaba representada por medio del orden constitucional. Lamentablemente, en el marco de sociedades multiculturales como las nuestras, ese sueño (si es que alguna vez fue posible) ya resulta imposible de sostener.[17]

Tengamos en cuenta que, desde la Antigüedad clásica (con Aristóteles y Polibio), pasando por la República romana en sus distintas facetas, hasta llegar a Inglaterra y las propuestas de la Constitución mixta, el constitucionalismo siempre estuvo en diálogo directo con el orden social prevaleciente (o, más bien, con la imagen predominante, en las élites, sobre el orden social). En su momento, se pretendió que la Constitución hiciera lugar a los distintos órdenes sociales existentes (a lo que se consideraba como la parte democrática, oligárquica y aristocrática de la sociedad). Luego, en los Estados Unidos, se hizo lo propio, aunque sin apelar al lenguaje de la Constitución mixta inglesa, que generaba rechazo. Como dijo el gran historiador Maurice Vile, el modelo estadounidense de los frenos y contrapesos (checks and balances) expresó, de un modo muy cercano a la Constitución mixta, aquella misma pretensión de integrar, a través de un texto común, los distintos órdenes sociales (Vile, 1967). La idea que alumbró la Convención Federal estadounidense, y que se extendió desde allí a toda América Latina, fue que minorías y mayorías (deudores y acreedores, grandes y pequeños propietarios, como describiera Madison en El Federalista nº 10; véase Hamilton y otros, 1982) tuvieran su lugar en el nuevo

ordenamiento institucional (en términos simples, la minoría en el Senado o el Poder Judicial; la mayoría en la Cámara Baja).

Cualquiera fuera la forma constitucional adoptada, propia de cada momento, lo cierto es que, en todos los casos, la organización institucional respondía a presupuestos igualmente cuestionables: la sociedad se encuentra dividida en pocos grupos, de composición homogénea e intereses comunes, formados por miembros que actúan movidos por su autointerés. Según ese esquema, bastaba incorporar a algunos grupos de cada sector al sistema constitucional para satisfacer el ideal de la representación plena. Es claro que ese tipo de supuestos ya no son adecuados para pensar la actualidad. Vivimos en sociedades multiculturales, compuestas por infinidad de grupos diferentes, de composición heterogénea y formados por personas que actúan a partir de motivaciones diversas (no solo el interés propio). No es dable considerar, por tanto (como se pensó hasta bien entrado el siglo XX), que unos pocos obreros en el Parlamento (digamos, miembros del laborismo o de algún partido de los trabajadores) representan a la clase obrera completa y, así, a una mitad o un tercio de la población; o que unos pocos miembros del Partido Conservador expresan y cuidan bien los intereses de la minoría más poderosa. Nuestras sociedades han estallado en diferencias: se trata de sociedades plurales, multiculturales, en las que la identidad de cada uno, a la vez, es multifacética (ningún obrero merece ser descripto con una sola dimensión: puede ser, a la vez, por ejemplo, anarquista, feminista, antiabortista y partidario del uso de armas). En esas condiciones, se terminó el sueño de contar con instituciones capaces de representar a toda la sociedad. De allí que la crisis de representación no merezca considerarse coyuntural sino estructural: hoy existe mucha más vida política por fuera del Parlamento que dentro de él. Existe una irremediable incapacidad de nuestras instituciones para asegurar la representación de toda la sociedad. La forma cotidiana de la expresión de la ciudadanía no puede seguir dependiendo de esa estructura, incapaz de satisfacer cualquiera de sus ambiciones más básicas.

Frenos y contrapesos: canalizar la guerra desalentando el diálogo

Vemos ahora por qué el sistema de frenos y contrapesos –el mecanismo que constituyó el corazón del constitucionalismo moderno– se basa en una lógica abiertamente antidemocrática y enemiga del diálogo colectivo.

Ante todo, se trata de un sistema socialmente obsoleto, porque fue pensado sobre la base de una sociología política (al menos, a la luz de la sociología actual) errada, gravemente fallida. En efecto, el mecanismo responde a la misma lógica que la Constitución mixta ya aludida: asegurar un lugar institucional (equivalente) a cada una de las distintas secciones de la sociedad. Si, como pensaban los federalistas estadounidenses, la sociedad se divide en unos pocos grupos o facciones (para simplificar, acreedores y deudores) dispuestos a arrasar cada uno con los derechos del otro, pero le aseguramos a cada grupo un lugar institucional equivalente, evitamos la guerra civil e impedimos la opresión mutua. En términos de Alexander Hamilton: “Si le damos todo el poder a la mayoría, la mayoría oprimirá a la minoría; y si le damos todo el poder a la minoría, la minoría oprimirá a la mayoría. Por lo tanto, lo que debemos hacer es darles poder a ambos, y así cada grupo puede defenderse frente a los demás” (Farrand, 1937: vol. 1, 431). Ahora bien, cuando reconocemos que la sociedad se compone, en verdad, de miles de grupos internamente heterogéneos, se desvanece lo que podía tener de atractivo el sistema de frenos y contrapesos: resulta imposible, en las condiciones sociales existentes, evitar aquello que antes, al menos, podía aspirar a impedir.

El sistema de frenos y contrapesos revela hoy estar basado en una lógica antidemocrática, porque, de manera explícita y desde un comienzo, la tradición de la Constitución mixta buscó evitar la mutua opresión a un precio

políticamente exorbitante: renunciar a los requerimientos más elementales de la regla mayoritaria, para dotar de un poder equivalente a minorías y mayorías. Solo así (sostenía Hamilton, por ejemplo) podía esperarse que ningún grupo oprimiera al opositor: el precio implicaba sacrificar la base más elemental de la democracia (asumiendo a la vez que no existía ninguna forma institucional alternativa capaz de resguardar con sensatez los derechos de las minorías).

El tercer problema grave del sistema de frenos y contrapesos es que no contribuye a promover, sino que directamente impide o desalienta el diálogo colectivo. En efecto, en su mejor versión, el sistema quedó preparado para evitar la guerra civil, canalizándola institucionalmente. Sin embargo, dicho objetivo también nos dice que, aun en su expresión más acabada, el sistema no contribuye a promover la deliberación pública. Todos los incentivos institucionales que ofrece apuntan hacia la dirección contraria: como dijo Madison (El Federalista nº 51; véase Hamilton y otros, 1982), dotar de herramientas defensivas a cada una de las ramas de poder, para permitirles que resistan los seguros ataques de las demás. En otros términos, el sistema de frenos y contrapesos puede ayudarnos a evitar la guerra, pero no nos ayuda a promover el diálogo.

Epistocracia judicial, discrecionalidad interpretativa y última palabra

El corazón elitista de la rama judicial

Una de las piezas fundamentales del sistema constitucional predominante es, sin duda, y desde sus mismos orígenes, la rama judicial. Sin embargo, esa rama de gobierno nació afectada por un problema que ayuda a explicar por qué se habla, desde hace décadas, de un Poder Judicial “contramayoritario” (Bickel, 1962). El problema en cuestión tiene que ver con el “elitismo judicial”, una noción que no debe entenderse como insulto o como mera retórica: nos remite a una posición filosófica, a la que Nino caracterizaba como “elitismo epistémico” (Nino, 1990). La idea es que la reflexión sobre la justicia orbita, desde un comienzo, entre dos cosmovisiones opuestas: por un lado, la concepción que sostiene que la imparcialidad –la Justicia, con J mayúscula– se relaciona con procesos de reflexión individual, con personas aisladas del resto y técnicamente bien preparadas; y, por otro lado, la concepción que afirma que la imparcialidad se relaciona con procesos de reflexión colectiva, según la cual la deliberación inclusiva maximiza las opciones de decidir de manera imparcial.

La primera perspectiva, de raíz abiertamente elitista, terminó imponiéndose dentro del constitucionalismo moderno. Es la que se advierte en el subrayado que hace James Madison, en El Federalista nº 49 (véase Hamilton y otros, 1982), cuando se refiere a la justicia y aclara –buscando conformar a los críticos del sistema– que los miembros del Poder Judicial se encontrarían demasiado alejados (too far removed) de la ciudadanía como para participar de sus simpatías. Por ello, se entendió la idea de independencia, sobre todo, como distanciamiento, separación o independencia de la ciudadanía. Y por eso se tendió a rodear a los jueces de los rasgos que aún hoy, en jurisdicciones muy diversas, los siguen caracterizando: son designados a través de elecciones indirectas (a veces mediante un acuerdo entre el Poder Ejecutivo y el Senado, dos ramas que, a su vez, son elegidas de modo indirecto); se les da amplia estabilidad (si no estabilidad de por vida); se les exige –como condición para poder ser elegidos– una formación técnica especial, etc.

Por lo dicho, cuando –desde una perspectiva propia del derecho de izquierda– se objeta al modelo judicial predominante, no se quiere decir que la justicia no debe

ser independiente, sino que la visión dominante sobre la materia no es apropiada; y cuando se señalan las graves tensiones que existen entre Poder Judicial y democracia no se quiere decir que "justicia" es lo que determina la mayoría o el líder de turno, sino algo por completo diferente: que la imparcialidad no debe vincularse con la reflexión aislada de una aristocracia o epistocracia. Asimismo, cuando se critica el elitismo judicial, no se quiere decir que la opción es alguna versión del populismo judicial ("que se haga lo que quiera el pueblo"), sino que se debe volver a vincular la justicia con procesos de conversación colectiva, como los que, de un modo bastante maniatado, restrictivo y episódico, pretenden llevar adelante jurados ciudadanos, como los que defendía Tocqueville.

En una sociedad compuesta por millones de personas, no es posible que todos estemos juntos, reunidos en la plaza principal, todo el tiempo, para decidir sobre nuestros asuntos o para resolver nuestros conflictos. Es lógico pensar que existan funcionarios públicos que se ocupen de lidiar con esas disputas interpersonales. Lo que resulta inaceptable, en cambio, es concebir que esos funcionarios pretendan resolver todos nuestros conflictos por nosotros, no por una cuestión de división social del trabajo, sino porque ellos están dotados de capacidades de las que carece el resto de la ciudadanía. Sin embargo, es así como se encuentran moldeadas nuestras instituciones judiciales: de manera que sea la élite más formada la que resuelva las disputas que la ciudadanía no podría decidir sino apasionada o irracionalmente. En un derecho de izquierda, la primacía y continuidad de este principio elitista resulta inaceptable.

Contra el monopolio interpretativo de los jueces

El hecho de que la tarea judicial quede en manos de un grupo de personas que tendrían los conocimientos técnicos y morales necesarios para definir con imparcialidad cuál es el significado de la Constitución enfrenta varios problemas. Primero, ningún grupo tiene un acceso privilegiado a esos conocimientos. Segundo, discrepamos profunda y razonablemente acerca del significado de la Constitución (Waldron, 1999). Tercero, el monopolio interpretativo que suele asignarse a los jueces genera el peligro de que ellos terminen definiendo el significado de la Constitución para todos, pero conforme a sus criterios propios y discrecionales, con todos los riesgos que ello implica (por ejemplo, que algunos comiencen a utilizar ese enorme poder para negociar de modo partisano sus sentencias). El cuarto punto –aquí, el principal– nos confirma que, desafortunadamente, y después de más de doscientos años de reflexión sobre el tema, carecemos casi por completo de certezas en materia de interpretación constitucional: no contamos con una única fórmula interpretativa que todos aceptemos, ni con acuerdos interpretativos fundamentales que nos permitan resolver nuestros principales disensos.

En efecto, los intérpretes jurídicos tienen hoy frente a sí decenas de teorías interpretativas disponibles: algunas –llamémoslas “originalistas”– sugieren resolver los problemas interpretativos recurriendo, de algún modo, al pasado (qué dijeron quienes escribieron tal texto, qué se pensaba al respecto en la época, cómo se definía el término en cuestión en el momento en que se incorporó al derecho); otras –llamémoslas “del constitucionalismo viviente”– proponen resolver los desacuerdos interpretativos mirando el presente (cómo se entiende hoy el derecho en cuestión, qué piensan los legisladores al respecto); otras más –llamémoslas “teleológicas”– prefieren definir los desacuerdos interpretativos no pensando en el presente ni en el pasado, sino, por ejemplo, en los ideales y objetivos de la Constitución (cuáles son sus fines, qué ideales define el preámbulo). Y así, decenas de teorías alternativas. Lo relevante es que los intérpretes i) pueden escoger con total discrecionalidad cuál va a ser la teoría con la que busquen resolver un problema interpretativo, y ii) se enfrentan al hecho de que –previsiblemente– distintas teorías prometen resolver de modos muy

diferentes –a veces, directamente antagónicos– las disputas en juego. Veámoslo con un ejemplo: si la idea constitucional de privacidad es leída conforme al modo en que se la pensaba hace doscientos años, vamos a tender a creer que no incluye (que la Constitución no protege) el consumo personal de estupefacientes, o los derechos de los homosexuales (con la consecuencia posible de que, por tales razones, algunas personas sean procesadas o pierdan su libertad); en cambio, sí vamos a considerar protegidos tales derechos si examinamos esta idea a la luz de los modos en que hoy (en el marco de sociedades algo más tolerantes en la materia) tendemos a pensar dicho concepto. El panorama se torna más serio cuando vemos que, de un caso a otro, los jueces pueden saltar de una teoría interpretativa a la contraria, sin explicarnos por qué lo hacen (con lo cual, el ciudadano tiene todavía más dificultades para saber a qué atenerse y reconocer si está obedeciendo o desobedeciendo el derecho con sus actos). O peor: distintos jueces, en un mismo tribunal colegiado, pueden inclinarse por diferentes teorías interpretativas para definir su propia postura en el fallo. Peor aún: el mismo juez, en el mismo fallo, puede utilizar distintas teorías interpretativas para fundar diferentes partes de su opinión. Las cosas ya resultan incontrolablemente peores cuando reconocemos que el problema no deriva del mero hecho de optar por una teoría o la contraria: cada una de las dos teorías interpretativas citadas (o cualquier otra alternativa) puede ser entendida, a su vez, de modos muy distintos.

En definitiva, la situación nos habla a las claras de la crisis del Estado de derecho si consideramos que su primera y principal promesa era que no quedemos sujetos a la voluntad discrecional de nadie. Lo que hoy encontramos es que la suerte que vamos a correr ante un juez o un determinado tribunal dependerá –aunque nos digan lo contrario– no de la letra de la ley (común para todos), sino del modo en que el particular juez o tribunal que nos toque en suerte decida interpretarla. En definitiva, dependemos por completo de la voluntad de quien decida nuestro caso y no de la letra del derecho que supuestamente rige en nuestra comunidad.

Indeterminación del derecho y teorías críticas

Problemas como los señalados, y la radical indeterminación que conllevan, acompañan al derecho desde su nacimiento y explican las objeciones que viene recibiendo. Algunas de las teorías críticas del derecho más conocidas e influyentes de nuestra era anclan sus embates contra este, precisamente, en la discrecionalidad de la interpretación constitucional. Así, el realismo jurídico (particularmente, el escandinavo) que primó en los años treinta se propuso dejar en evidencia los inaceptables riesgos generados por la indeterminación del derecho (recordemos al juez Holmes cuando decía que, para predecir lo que diría el juez en su sentencia, era más importante saber de qué humor se había levantado esa mañana que conocer el derecho; véanse Nino, 2017; Olivecrona, 2021). Así también, los Critical Legal Studies, particularmente influyentes en los años ochenta, revivieron el viejo realismo jurídico para afirmar –acusatoriamente– que el derecho es política, pura política, y no otra cosa (Kennedy, 1976; Tushnet, 1988; Unger, 1983).

En lo personal, entiendo que el derecho tiene peso propio (a diferencia de lo que asume parte de la ciencia política contemporánea, que parece pensarlo como si no existieran exigencias puramente jurídicas y se tratara solo de voluntad política); entiendo también que el derecho es mucho más que política (partidaria), y que hay teorías interpretativas mucho más razonables que otras (mucho más que las teorías interpretativas dominantes). Sin embargo, coincido con la línea de críticas anteriores –y considero que así debe hacerlo también un derecho de izquierda– en algunos aspectos fundamentales: los desacuerdos imposibles de erradicar en torno al derecho (el “hecho del desacuerdo” del que habla Waldron como distintivo de nuestras sociedades) son un llamado para que, en el marco de una sociedad democrática, plural, multicultural, nuestros principales conflictos públicos sean resueltos por medio de procesos de reflexión colectiva. Esto es: tales problemas no pueden tratarse según el supuesto de que hay soluciones correctas que merecen ser reveladas, asumiendo que contamos con teorías interpretativas indisputables (o acuerdos extendidos), o afirmando que un grupo de entre nosotros (nuestros guardianes platónicos) poseen las capacidades epistémicas de las que carecemos, y que les permiten resolver esos

desacuerdos respecto de la Constitución.

Control de las reglas de juego democráticas

En relación con el controvertido poder de los jueces de controlar la constitucionalidad del derecho vigente, un derecho de izquierda podría defender una aproximación procedimentalista. Esto es: los magistrados deberían concentrar su tarea en la custodia de los procedimientos o reglas de juego (constitucionales) del partido democrático que debe protagonizar la comunidad (Ely, 1980; Gargarella, 2020), y no, como sucede hoy, en la supervisión (a la luz de la Constitución) de todos los contenidos sustantivos del derecho (para determinar si encajan o no con lo que establece la Constitución). En otros términos, dados los inevitables desacuerdos interpretativos que nos separan, debe quedar en manos nuestras –las de los ciudadanos– la discusión sobre los modos en que entendemos nuestros compromisos constitucionales fundamentales: cómo interpretamos el contenido sustantivo del derecho. Los jueces –como los árbitros en un partido de fútbol– son los que, en cambio, se ocupan de resguardar las reglas del procedimiento democrático: ellos nos dejan jugar, asegurando que los resultados de nuestras disputas dependan de nuestra voluntad (de lo que hagamos en el campo de juego), y que el juego pueda desarrollarse de un modo cada vez más expansivo y justificado (con menos voces excluidas, con menos chances de que el poder establecido tome decisiones para autopreservarse). Y esto, contra la idea dominante que deja en manos de la epistocracia judicial la interpretación última de esos desacuerdos sustantivos y también contra una idea extendida dentro de la doctrina jurídica, conforme a la cual los asuntos de derechos fundamentales deben ser entendidos como ajenos al debate democrático (Ferrajoli, 2013). Por cierto, lo dicho no niega que (como en el fútbol) tengamos desacuerdos sobre cómo interpretar las reglas del juego (ni que dispongamos de métodos para reducir esos márgenes de discrecionalidad en la aplicación de las reglas); tampoco presupone que los límites entre reglas de procedimiento y sustancia del derecho sean sencillos de determinar (aunque debe quedar claro que las decisiones finales sobre el trazado de esos límites deben quedar en manos de procesos de discusión pública). Asimismo, lo anterior depende de la contención de un problema que hoy todavía tenemos muy abierto, y que parece difícil de reparar: el usualmente desatendido por la doctrina de la motivación judicial o, más precisamente, el de cómo asegurar, o al menos

inducir, que los jueces adopten la concepción que preferimos (digamos aquí, procedimentalista) del control de la Constitución, y que lo hagan además con la orientación que preferimos (por ejemplo, una visión más inclusiva y deliberativa).

¿De qué sirve expandir derechos si no se toca la estructura de organización del poder?

Democracia y derechos

Como hemos visto, los derechos constitucionales no son el resultado de concesiones divinas ni entes descubiertos por la reflexión de los grandes teóricos, sino el producto de conflictos sociales que nos permiten identificar intereses fundamentales, que decidimos proteger de manera especial. En tal sentido, son un producto de acuerdos democráticos, que pueden ser repensados y revisados. Ante ellos, la doctrina no puede (mucho menos la doctrina de izquierda) seguir diciendo (como ocurre todavía hoy, y como ha podido decir, recientemente, la Corte Interamericana, con la aprobación de tantos) que tales derechos fundamentales se refieren a cuestiones demasiado importantes y, entonces, por completo ajenas a la democracia. Es decir, incluso en la actualidad la doctrina prevaleciente considera que la democracia no tiene por qué “mezclar sus sucias manos” con las cuestiones relacionadas con los derechos, que deben quedar, en cambio, bajo la custodia estricta de jueces profesionales o expertos, ajenos a la designación y control democráticos.

Desde aquí me interesa afirmar justamente lo contrario: por tratarse de temas que nos importan sobremanera, por referirse a los problemas públicamente más relevantes, es que tenemos razones y el derecho de seguir reflexionando y tomando decisiones sobre ellos, en forma colectiva, como lo hicimos en materia de aborto o matrimonio igualitario, en casos que van desde Irlanda, mediante mecanismos más formalizados (como el de las asambleas ciudadanas), hasta la Argentina, a través de medios semiformalizados (por ejemplo, con el recurso a audiencias públicas promovidas por el Congreso). Esto no implica afirmar la zoncera de que la ciudadanía debe estar permanentemente reunida en la plaza central de la república para deliberar todo el tiempo sobre sus asuntos, sino subrayar que a ella le corresponde, sí, asumir el pleno control y decisión en relación con los principales desacuerdos interpretativos que se plantean en el seno de la comunidad: al igual que en los ejemplos señalados, para cuestiones como el aborto, el matrimonio igualitario o el sistema electoral, pueden abrirse e institucionalizarse procesos de discusión y decisión públicas. Lo dicho tampoco implica afirmar la zoncera contraria, esto es, que los derechos fundamentales deben quedar sujetos a la libre discrecionalidad de mayorías circunstanciales

(quedar up for grabs, como diría Waldron), por varias razones, que por ahora solo resumo y sugiero: por un lado, los procesos democráticos de los que hablo implican procedimientos de deliberación inclusivos, cuidadosos y formalizados (antes que recursos ciegos a atolondrados plebiscitos); y, por otro lado, porque seguimos necesitando un resguardo especial a cada uno de los jugadores y grupos del juego democrático, es decir, reglas que aseguren que la democracia siga quedando a cargo, a lo largo del tiempo, de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

Derechos sin poder: la sala de máquinas de la Constitución

La cuestión fundamental es la siguiente: las Constituciones suelen tener dos partes –declaración de derechos y organización del poder– y por lo tanto resulta un error fijar la atención en la primera, sin atender a la segunda de forma consistente. Para decirlo con mayor precisión: resulta desacertado (un error que lleva más de un siglo) seguir expandiendo la lista de derechos, agregando más en cada reforma constitucional, sin modificar de manera acorde la organización del poder; es decir, sin reajustar al mismo tiempo la otra parte de la Constitución, la organización del poder, que finalmente es la que queda a cargo de activar o dar vida a los derechos constitucionales. No tiene sentido agregar, precisar, expandir o reforzar los derechos constitucionales si al mismo tiempo no se entra en (y modifica de manera acorde) la sala de máquinas de la Constitución.

Así, por ejemplo, si modificamos esa lista de derechos con el propósito declarado de democratizar la sociedad o tomar debida nota de las exigencias sociales o ambientales que impone la época, no podemos preservar básicamente intocada una organización del poder conforme fuera pensada hace más de dos siglos. Es previsible que aquella vieja organización, moldeada en el momento elitista del constitucionalismo (hostil a la participación democrática, que reserva las decisiones más importantes a una minoría de jueces, que genera un sistema representativo basado en la separación más que en el vínculo entre ciudadanos y representantes), va a dificultar antes que favorecer la activación de esos renovados derechos; así ocurrió, por ejemplo, cuando se incorporaron derechos sociales que terminaron declarados como “no operativos” por parte de los jueces que –se suponía– debían ayudar a ponerlos en marcha.

Derechos de las minorías y sala de máquinas: para acceder al poder y tomar el control de los propios asuntos

Lo dicho hasta aquí nos ayuda a dejar en claro por qué (luego de más de cien años de cambios constitucionales concentrados, fundamentalmente, en la declaración de derechos) necesitamos cambiar también la sala de máquinas de la Constitución, dejando atrás definitivamente un modo de organización del poder basado en supuestos de desconfianza democrática, que no se ha modificado de forma sustantiva desde su origen, y que tiende a preservar el poder político en manos de unos pocos. En otros términos: la Constitución no se renueva si le damos a la lista de derechos un perfil social-democrático que negamos desde el costado de la organización del poder. Esas peculiares "Constituciones con dos almas", cuya estructura básica preservamos hace más de dos siglos, tienden a mantener intocado el estado de cosas reinante, por más que declamemos lo contrario a través de listas de derechos cada vez más extensas. Hasta que la organización del poder no reproduzca, entonces, el carácter democrático y social que le hemos impreso a la declaración de derechos, es improbable que la vida constitucional se transforme. Por el contrario, la generosa lista de derechos seguirá careciendo del motor político y social que necesita para ser activada.

Las reflexiones anteriores son pertinentes para la discusión de cualquiera de los derechos constitucionales, pero –debo agregar– resultan particularmente iluminadoras cuando hablamos de los derechos de las minorías más desaventajadas o vulnerables. Pienso, por ejemplo, en grupos minoritarios (en el sentido de vulnerables) como las mujeres, las minorías sexuales y raciales, las comunidades indígenas. Tales minorías han venido luchando, a menudo con heroísmo, desde hace décadas o siglos, por su autopreservación, o por la conquista de derechos que consideran que les corresponden. Y estas luchas se han expresado jurídicamente, de manera más que habitual, en reclamos para incorporar nuevos derechos a la Constitución (sexuales y reproductivos, de pueblos originarios), interpretarlos de otro modo, litigarlos de otra forma o por otros medios. La discusión anterior, sin embargo, nos alerta y propone dirigir

nuestra atención hacia un lugar muy diferente: nos invita a focalizarnos en la organización del poder, más precisamente, en el acceso de tales grupos minoritarios a la sala de máquinas de la Constitución, de forma tal de tomar control directo sobre sus propios asuntos (cómo se deciden, cómo se gestionan, cómo se resuelven).

En tal sentido, está muy bien si los grupos aborígenes consiguen consagrar constitucionalmente sus derechos ancestrales o su derecho a vivir conforme a sus propias pautas culturales. Pero mucho más importante es consagrar –en línea con lo que se empezó a conseguir a través del Convenio 169 de la OIT– su derecho a ser consultados obligatoriamente cada vez que se deban tomar decisiones que los afecten en sus derechos básicos (por ejemplo, cuando se pretende instalar una empresa minera contaminante en las tierras que han habitado consuetudinariamente). En el mismo sentido, está muy bien si las mujeres consiguen que la Constitución incorpore a su texto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; sin embargo, resulta mucho más importante si se obtienen sistemas de cuotas o de representación paritaria obligatoria que permitan romper las reglas formales e informales que, durante décadas, las alejaron o excluyeron de la política hasta convertirlas, en los hechos, en un grupo con estatus político inferior. Asimismo, está muy bien si minorías étnicas como los inuitas o esquimales consiguen que la Constitución reconozca su derecho a comunicarse en su propia lengua. Sin embargo, resulta mucho más relevante si –como en Noruega– consiguen la creación de su propio Parlamento o –como en Canadá– obtienen derechos de veto especiales para cada oportunidad en que el Congreso pretenda decidir sobre asuntos en que sus intereses pueden resultar directamente afectados. Necesitamos empezar a concentrar nuestras energías cívicas –por fin y de una vez– en el cambio de la organización constitucional del poder.

Mujeres e igual ciudadanía

La histórica, extensa e inacabada lucha de las mujeres por obtener su igual ciudadanía resulta ejemplar en todo sentido. Primero, ejemplar en cuanto al tipo de demandas, creatividad y persistencia de esas luchas destinadas a expandir la libertad del propio grupo; pero ejemplar, también, en cuanto a las dificultades, obstáculos y retrocesos forzados, que parecen propios de ese inacabado proceso de conflicto. Destaco este ejemplo como ilustrativo de la forma y calidad de las disputas en que deben involucrarse los grupos desaventajados para salir de la situación de desigualdad a la que fueron arrastrados, históricamente, por los poderes establecidos, con la imprescindible ayuda del derecho. En efecto, el grupo de las mujeres, como otros sectores desfavorecidos, se vio en la necesidad histórica de hacer frente a un constitucionalismo que se empeñaba en tratarlas discriminatoriamente, reconociéndoles menos derechos que a los sectores dominantes, y convirtiéndolas –a través de procesos extendidos en el tiempo– en una “subclase”. En ese lugar de desventaja, las mujeres resultaban jurídicamente impedidas de obtener beneficios u oportunidades de los que gozaban los sectores dominantes (acceso a ciertos empleos, ingreso a la universidad o derecho al voto) o se veían obligadas a hacer esfuerzos extraordinarios para alcanzar lo que, para otros sectores, resultaba el “piso” o punto de partida (dada la formación o recursos iniciales que se les habían negado).

En su importante estudio sobre constitucionalismo y ciudadanía de las mujeres, Ruth Rubio-Marín (2021, 2022)distingue fundamentalmente cuatro “etapas” o “modelos” de constitucionalismo, a los que no presenta, sin embargo, como “evolutivos”, es decir, en términos de una historia que va avanzando triunfante en el camino hacia una mayor igualdad. Al modelo, si se quiere, más primitivo –el que prevaleció siglos atrás y que hoy sí parece superado– lo denomina constitucionalismo excluyente en materia de género: un modelo marcado por el “estatus” desigual entre los géneros. Hablamos aquí de un constitucionalismo puesto al servicio del relegamiento de las mujeres a una situación de inferioridad (a través de la negación de derechos básicos como el derecho al voto). En segundo lugar, Rubio-Marín se refiere a un constitucionalismo inclusivo en materia de género. En este caso, alude a un constitucionalismo que busca poner

fin a las desigualdades de trato existentes y que para ello consagra la "igualdad formal" (inexistente en las formas más primitivas del derecho) y la "neutralidad" en materia de género. Este constitucionalismo, sin embargo, convive con –y de algún modo termina por consagrar o certificar– las desigualdades jurídicamente construidas (a través de décadas de negación de derechos políticos a las mujeres, desigualdad educativa, etc.). Las graves desigualdades remanentes (en buena medida resultantes de la operación previa y continuada del derecho) forzaron nuevas disputas y demandas, que dieron lugar a un constitucionalismo participativo en materia de género. Este nuevo modelo buscaría sobrepasar los rezagos generados históricamente por el derecho y procuraría hacerlo a través del uso de medidas "correctivas" tales como la "representación paritaria" (protagonista en los recientes debates constitucionales en Chile, por ejemplo) y otras medidas encuadradas dentro del campo de las "acciones afirmativas" (actualmente combatidas, de manera militante, por la Corte de los Estados Unidos, tal como pudo verse en el reciente caso "Students for Fair Admissions c. Harvard", de 2023). Finalmente, Rubio-Marín se refiere a un constitucionalismo transformador en materia de género, que "busca subvertir radicalmente el orden de género establecido originariamente por el constitucionalismo". Este constitucionalismo es el que incluye iniciativas como las del matrimonio igualitario, el que busca terminar con la violencia doméstica o el que procura consolidar las libertades de las mujeres en materia reproductiva.

Esta "historia viva", relacionada con la conflictiva situación del colectivo de las mujeres y el derecho, puede considerarse paralela a otras historias de enfrentamientos continuos, que involucran a otros grupos igualmente discriminados, como indígenas, minorías raciales, minorías sexuales, etc. Y son varias las enseñanzas que pueden derivarse de ella (enseñanzas que considero trasladables a las citadas historias paralelas). Ante todo, nos permite ver la persistencia y el presente de ciertas "batallas en curso": el derecho contemporáneo está cargado de ellas. En segundo lugar, nos recuerda tanto el papel protagónico del derecho en la opresión de ciertos grupos (en la construcción de su sometimiento o estatus desigual), como el valor histórico de los movimientos sociales y los movimientos de protesta en la construcción de un derecho distinto, menos injusto. En tercer lugar, vemos que muchas de las "conquistas" obtenidas por los grupos oprimidos, luego de años de lucha, con frecuencia se ven traducidas en "nuevos derechos", con todo lo interesante y problemático que ya hemos señalado sobre el tema: sin un control sobre la "sala de máquinas", sin un manejo más directo del "tablero de controles", los derechos amenazan con quedarse como concesiones del poder establecido, a través de las

cuales dicho poder vigente procura –ante todo– beneficiarse a sí mismo (contener protestas, conseguir legitimidad, cooptar opositores, expandir su propio poder). En esas condiciones, los "nuevos derechos" prometen alcanzar una vida escasa, nula o muy controlada: se trata de conquistas nunca irrelevantes, sin duda, pero muchas veces, también, de conquistas frágiles o sin fuerza. Finalmente, lo que venimos diciendo pone en evidencia la persistencia de ciertas disputas por el contenido y los contornos del derecho. Se trata de disputas que hoy muestran todavía un "final abierto", porque no sabemos cómo es que pueden evolucionar en los próximos años, aunque conocemos casos de amargos retrocesos y "rebotes" (backlash). Hablamos, entonces, de una conflictividad sostenida, que define la vida del derecho: hablamos de procesos de lucha abiertos, en marcha (ongoing), todavía inacabados.

Sobre la distinción público-privado (libertades colectivas-libertades personales)

Uno de los elementos más distintivos del derecho de izquierda que aquí defiendo se vincula con la afirmación del doble compromiso jurídico con las libertades personales y las colectivas. Como hemos visto, en la historia del constitucionalismo ambos cuerpos de libertades suelen encontrarse en tensión. Agregaría que, en nuestro tiempo, la tensión que más habitualmente se reconoce tiene que ver con la amenaza impuesta por el poder del Estado sobre los derechos de minorías sexuales y los derechos reproductivos de las mujeres, por lo común, en nombre de una mayoría imprecisa, o una voluntad no deliberada de la comunidad. Es lo que hemos reconocido, de modo reciente, en las latitudes y formas más diversas: desde restricciones al aborto en los Estados Unidos (el caso "Dobbs"), en nombre de la voluntad de los estados, hasta los ataques (retóricos y no tanto) contra los homosexuales y otras minorías sexuales, en Hungría, Rusia o Polonia. Para quienes defendemos un derecho de izquierda, una primera pregunta se vincula con la posibilidad misma de distinguir (y así resguardar) esas libertades personales de las libertades colectivas: en nombre de qué impedir al Estado que avance sobre las áreas en relación con las cuales una (supuesta) mayoría pretende avanzar (por ejemplo, para restringir la libertad de los homosexuales de vivir su sexualidad del modo que prefieran). Una primera respuesta podría considerar las siguientes cuestiones: i) las personas son y deben ser las dueñas de su propia vida y, por lo tanto, deben poder llevar adelante sus planes con libertad, en la medida en que no dañen o afecten de modo grave a los demás; ii) como decía John Stuart Mill, nadie está mejor situado que uno mismo para determinar qué es lo que le importa, de qué modo, y qué está dispuesto a hacer al respecto para satisfacer tales objetivos (por ejemplo, qué está dispuesto a sacrificar para lograr determinado fin); y iii) así como la democracia (una mayoría circunstancial, en este caso) tiene derecho a intervenir en la decisión de cuestiones públicas relevantes (como la fijación de un plan económico o una política de seguridad), ya que ofrece el mejor método para resolver imparcialmente esos problemas colectivos (sopesando las diferentes opiniones sobre la controversia), por lo dicho en el punto ii, no tiene capacidad para conocer, mejor que cada uno, cómo quiere vivir ese individuo, o qué quiere

hacer con su vida.

El tipo de distinción que auspicia el derecho de izquierda enfrenta un primer inconveniente al comprometerse con la protección de una esfera de privacidad que parte del feminismo ha repudiado habitualmente. Sin embargo, al respecto habrá que decir que, si parte del feminismo se ha pronunciado, con razón, en contra de la idea de privacidad, ha tenido que ver con una peculiar definición de ese concepto, asimilado a un espacio que debe quedar libre de la supervisión estatal (MacKinnon, 1988). Si esa es la definición de lo privado, entonces resguardar ese ámbito implica avalar, en los hechos, la violencia intrafamiliar o la violación marital. Contra dicha posibilidad, por tanto, el derecho de izquierda vincula la idea de privacidad con los daños graves –actuales o potenciales– sobre terceros: una acción deja de ser privada, entonces, no si se produce lejos de la vista de los demás, sino si implica dañar de modo relevante a terceros (por ejemplo, la protección del consumo personal de estupefacientes no depende de que la acción se lleve a cabo fuera de la vista de los demás, sino del hecho de que no implica, necesariamente, un daño a terceros).[18] Sobre la baste de esta idea, el derecho de izquierda propone el resguardo de la vida privada de las personas, reivindica el derecho de las minorías sexuales y afirma el de las mujeres a disponer de su propio cuerpo (aunque aquí no puedo saldar una discusión centenaria, relacionada con el derecho al aborto, solo diré que la idea de daño a terceros aplicada a un ser vivo que todavía no siente dolor o que no cuenta con un sistema nervioso desarrollado no es aplicable: nos referimos a “terceros” como “personas” y no como sinónimo de “seres vivos”).

Finalmente, es claro que la distinción entre las dos esferas –libertades personales, autogobierno– incluye muchos casos difíciles y zonas grises. Sin embargo, la idea es que esas situaciones de penumbra se vayan clarificando a partir de la conversación entre iguales: no hay otro proceso decisorio que cuente con mayor autoridad y legitimidad que ese, ni contamos ni contaremos con guardianes platónicos o jueces con la autoridad y la legitimidad democrática para resolver los casos difíciles.

Derechos de las comunidades indígenas y derechos ambientales

El derecho de izquierda hace una fuerte defensa de los derechos de las comunidades indígenas y de las minorías culturales y lingüísticas en general. Tales comunidades deben ser ampliamente respetadas en su derecho a vivir conforme a sus tradiciones y pautas culturales, independientemente de la voluntad mayoritaria que prime en la sociedad o en el país donde esas comunidades se encuentren insertas. En este sentido, puede verse como un avance el modo en que distintos países –Brasil, Ecuador, Venezuela, Bolivia y Colombia– han ido modificando en años recientes sus Constituciones, para reconocer el carácter multicultural y plurilingüístico de sus Estados. En esos países, se advierte un importante esfuerzo por adecuar las pretensiones de la mayoría nacional con los derechos ancestrales y comunitarios de los distintos grupos que allí habitan. Sin embargo, en este tipo de situaciones se suelen evidenciar las tensiones que se suceden al querer comprometerse con el respeto del derecho al autogobierno (de cada país, y de cada una de las comunidades que lo integran), y el respeto a los derechos de las minorías.

Respecto a cómo asegurar simultáneamente el compromiso con el autogobierno y las libertades personales, hay dos temas que quisiera tratar, en razón de las dificultades que presentan. El primero es el de los derechos lingüísticos. En esta y otras situaciones, la intuición rawlsiana sobre la justicia resulta de particular utilidad. Según la perspectiva que plantea que es injusto que la vida de las personas se vea seriamente afectada por cuestiones ajenas a su control (y a su responsabilidad), resulta inaceptable que, por ejemplo, una pareja de ancianos coyas no comprenda las comunicaciones que emite el Estado, porque no domina el castellano, única lengua en la que se expresa la cultura oficial. El debido trato a cada uno y el respeto a su cultura y tradiciones exige que el Estado haga un esfuerzo especial por ser entendido por todos los grupos que habitan en su territorio. En tal sentido, se justifica que el Estado dedique parte de sus recursos a asegurar una correcta comunicación con todos los miembros de su comunidad. Sin embargo, ese mismo problema puede reproducirse, eventualmente, dentro de alguna comunidad particular. Para tomar un caso controvertido y visible,

pensemos en los catalanes en España. Resultó una ofensa extendida en el tiempo que el Estado español impidiese a los miembros de la comunidad catalana hablar en su lengua, así como resultó ofensivo, también, que el Estado se dirigiera en castellano a personas mayores con enormes dificultades para comprender esa lengua. De allí lo importante que fuera que, una vez terminado el período autoritario del franquismo, la comunidad catalana comenzara a desarrollar políticas activas en relación con el resguardo de su lengua originaria, la traducción de textos y productos culturales y la enseñanza del catalán. Por idénticas razones, resulta ofensivo que en Cataluña, al día de hoy, gobiernos afines a la cultura catalana reproduzcan los males padecidos y auspiciados por el Estado sobre las comunidades castellanohablantes que habitan en su territorio. Miles de niños y ancianos que han llegado hasta allí pueden verse seriamente afectados por un Estado que parece empeñado –más que en asegurar que nadie atraviese padecimientos lingüísticos, como los impuestos por el franquismo en el pasado– en imponer una lengua oficial, aun al costo de afectar a personas castellanohablantes establecidas en el territorio desde hace décadas. Se aplican aquí los criterios rawlsianos expuestos por el canadiense Will Kymlicka (1996), en su discusión sobre las “protecciones externas” que necesitan las culturas minoritarias ante el Estado dominante, las cuales deben ir acompañadas por “restricciones internas” que impidan que, dentro de esa cultura minoritaria, se reproduzcan comportamientos autoritarios o de imposición sobre aquellos que hablan otra lengua, reivindican otras tradiciones, o disienten con los valores que priman en esa cultura minoritaria.

El segundo tema, vinculado con los derechos de las comunidades indígenas y más allá de ellas también, es la gestión de los recursos ambientales. De manera habitual, tales recursos aparecen sujetos a una sobreexplotación irracional, que no solo nos coloca al borde de una catástrofe ambiental, sino que agrava al extremo nuestros consolidados problemas de injusticia social. Las causas del serio deterioro ambiental son muchas; pero una de ellas, particularmente importante, es que la gestión de estos asuntos que afectan a poblaciones enteras y a generaciones futuras suele quedar lejos de las propias comunidades y recae, en cambio, en minorías poderosas que guían sus acciones según la lógica del beneficio económico. Cada cual puede motivar sus acciones por los ideales que quiera, pero ocurre que aquí no están en juego las preferencias personales, sino la gestión de asuntos comunes.

Los resultados de estos modos de decisión concentrados en unos pocos son devastadores para el conjunto: los bienes compartidos quedan a merced de los

agronegocios, el fracking y la megaminería, lo que genera complicaciones graves y masivas (Svampa y Viale, 2020). Devolver racionalidad y razonabilidad (o dignidad y decencia) a estas cuestiones implica, de modo urgente, restaurar el principio democrático y dejar que sean las propias comunidades afectadas las que tengan la decisión (inclusiva y deliberada) de cómo relacionarse con el ambiente, y cómo gestionar los bienes con los que ellos y las futuras generaciones se encuentran vinculados.

Lo dicho vale en particular para las comunidades aborígenes, que viven en una relación muy íntima con la naturaleza, pero sobre todo en esta época que algunos denominan “Antropoceno” (una era geológica nueva, definida por el hecho de que hoy son los seres humanos los que constituyen la principal amenaza para la supervivencia, debido al calentamiento global generado por la emisión de dióxido de carbono, la deforestación, el uso indiscriminado del cemento). En este contexto, las conversaciones democráticas entre naciones y pueblos, acerca de cómo enfrentar y resolver esta crisis radical, no pueden quedar limitadas (como parecen estarlo) a negociaciones entre élites de expertos y los principales responsables de la catástrofe global (Svampa, 2019). Nuevamente: dar una respuesta democrática a esta crisis significa algo muy diferente a lo que se nos propone a cambio.

Descentralización del poder

Hemos defendido aquí el valor de descentralizar el poder, no solo como modo de impedir riesgos altamente probables, derivados de la concentración de la autoridad, sino sobre todo como forma de democratizar la toma de decisiones, en especial, a partir de una particular manera de entender la democracia y sus beneficios: en la medida en que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses (dado que todos tenemos dificultades para ponernos en el lugar del otro y entender sus puntos de vista), la decisión democrática –inclusiva, conversada, transparente– maximiza la posibilidad de decidir con imparcialidad (Nino, 1990; Landemore, 2013).

Descentralización hacia adentro: federalismo

Para un derecho de izquierda que auspicia la radicalización de la democracia (su extensión hacia los más diversos ámbitos de la vida pública), normalmente resulta preferible la opción de la descentralización de la toma de decisiones (en el ámbito nacional, provincial, local; en el medio escolar o en el área de la salud, por ejemplo). Digo "normalmente" en lugar de "siempre" o "incondicionalmente" porque la descentralización es preferible en la medida en que implique democratización del poder (algo que no suele ocurrir), del mismo modo que la democratización es preferible en la medida en que se vincule con la promoción de la discusión pública sobre asuntos públicos, y no con otras opciones ocasionalmente relacionadas con la democracia (democratización reducida a más votos; sin discusión pública; democratización de la decisión sobre asuntos de moral privada).

Lo dicho nos sirve como introducción a una reflexión sobre el federalismo y sus modos, un caso que, como pocos, torna visible la cara y la contracara, las luces y las sombras, de la descentralización del poder. Al respecto, me contentaré con subrayar dos cuestiones desafiantes en torno a ciertos sobreentendidos o prácticas dominantes en la materia. En primer lugar, el federalismo no puede ser sostenido dogmática o incondicionalmente. Más bien lo contrario: valoramos el federalismo, sí, pero todo depende de cuándo y cuál, del cómo y el por qué. Constituye una prioridad necesaria en la medida en que sea un medio para democratizar el poder, y no para reforzar el poder de una oligarquía. Si al análisis anterior le agregamos una dimensión contextual/temporal, veremos que el riesgo sobre el que aquí se alerta no es hipotético, sino una amenaza real, asentada –en particular, en comunidades desiguales– sobre prácticas enquistadas y difíciles de remover. Es decir, se trata del atroz "punto de reposo" de nuestras discusiones sobre la materia: vivimos rodeados de pequeños estados o condados locales que –alejados de toda supervisión (política o judicial) nacional o internacional– se convierten en feudos de abuso y dominación, al servicio de los intereses de unos pocos.

Por distintas razones, el autoritarismo político y la ausencia de mecanismos

democráticos de control suelen ser mayores a nivel local que a nivel nacional. Tales razones incluyen la poca visibilidad nacional de ciertas violaciones de derechos locales; las dinámicas propias de comunidades pequeñas, con inercias autoritarias más difíciles de quebrar; la consolidación de "feudos" custodiados por un fuerte aparato de vigilancia, oficial y paraoficial; la extorsión económica que esos grupos feudales establecen sobre la población, en contextos en los que la principal fuente de trabajo es el empleo público (Gervasoni, 2018). Frente a tales condiciones, los gobiernos nacionales –también afectados por situaciones de crisis democrática– aparecen más sujetos al escrutinio colectivo y, por ello, suelen contar con mecanismos de control democrático más sólidos o mejor preservados, que habilitarían (con todas las prevenciones obvias) ciertas modalidades de intervencionismo democrático, decisiones esencialmente políticas, destinadas sobre todo (aunque no con exclusividad) a la restauración de las reglas básicas del juego democrático.

El segundo punto para destacar se relaciona con el estancamiento y la inercia de nuestras reflexiones institucionales en torno al sistema político federal, en definitiva, con nuestra carencia de imaginación institucional. En esta área, seguimos dependiendo de un esquema de respuestas institucionales ofrecidas hace más de dos siglos para problemas propios de las viejas sociedades. En el caso del federalismo, todavía sostenemos la institución del Senado, directamente vinculada a un tiempo, a un momento histórico (cuando las actuales naciones recién se estaban constituyendo), en el que el problema federal era el clivaje social fundamental, frente a otros problemas que ni siquiera se reconocían como tales. En efecto, de las instituciones que nos lega el viejo modelo constitucional predominante, una de las más curiosas y anómalas es la del Senado como órgano de representación de las provincias o estados, una idea inventada como respuesta institucional cuando la cuestión centro-interior parecía imperiosa. La solución ya resultaba controvertida en el momento mismo en que se adoptó, porque entonces (tanto o más que ahora) una proporción significativa de esos estados vivía bajo regímenes muy pobremente democráticos, controlados por una oligarquía poderosa, conservadora y tradicional. Por lo tanto, asegurarles poderes especiales a los estados, sin atender en primer lugar al problema de su déficit democrático, implicaba enquistar, dentro de las nuevas democracias constitucionales, núcleos duros de dominación oligárquica, con varios aspectos adicionales, que tornan más preocupante la cuestión de mantener una organización constitucional semejante en condiciones como las presentes. Entre otros aspectos, en primer lugar, ¿cuál es el sentido de considerar que una provincia o estado tiene un interés compartido por todos sus miembros? Por

caso, la provincia de La Rioja o el estado de Texas, ¿tienen un interés común sobre una mayoría de asuntos (que permita sostener, por ejemplo, “Texas está en contra del aborto”)? Segundo, ¿cuál es el sentido de que cualquier provincia o estado –Córdoba, Dakota– opine y haga valer su opinión común cuando no hablamos de problemas esencialmente federales, como la coparticipación o la distribución de los recursos comunes, sino de decisiones nacionales en materia de derechos constitucionales (cómo proteger los derechos de salud reproductiva, con qué principios organizar el sistema de salud)? Tercero, ¿qué ocurre o debería ocurrir, en la actualidad, cuando reconocemos que hay otros clivajes –como en su momento pudo ser el federalismo– que marcan la vida pública de nuestro tiempo, como la cuestión indígena o racial, desatendida durante siglos, o los problemas de género?

Descentralización hacia afuera: justicia global

Podemos apelar a criterios similares a los expuestos al referirnos al federalismo para tratar la cuestión del derecho internacional y la justicia global. La idea es que la descentralización de las decisiones a nivel nacional es una opción preferible a la concentración de ese poder decisorio en un órgano centralizado, en este caso, a nivel internacional, no como dogma, sino por entender que se trata de un medio adecuado para favorecer la democratización de la toma de decisiones, dado que estas, en principio, pueden considerarse más democráticas en la medida en que se tomen en forma más directa o protagónica por quienes van a verse afectados. Sin embargo, esta afirmación ahora resulta reforzada por un plus crucial: lo que en el caso del federalismo representaba un dato decisivo para prestar especial atención al gobierno nacional –la mayor fortaleza de sus instituciones democráticas frente a las de nivel local– juega ahora a la inversa. Ocurre que, todavía, estamos muy lejos de contar con organizaciones internacionales que configuren un gobierno democrático global (Besson y Tasioulas, 2008). Más bien ocurre lo contrario: a nivel internacional, la regla es que nos encontremos con entidades políticas burocratizadas, anquilosadas, elefantiásicas, ineficientes: instituciones marcadas, sobre todo, por su déficit democrático.

Igual o peor al nivel judicial

Para quienes consideramos que la imparcialidad y la justicia (entendida como “dar a cada uno lo suyo” o “balancear equitativamente los puntos de vista de todos”) se relacionan con procesos de reflexión colectiva, y de ningún modo con lo que resulte de la reflexión individual o aislada de una élite de técnicos, todas las ideas de justicia global que hoy se proponen resultan, antes que promisorias, una fuente de temor y desencanto. A partir de los modos (elitistas) en que sus miembros son escogidos, la muy limitada forma en que se los controla y se los hace responsables por sus acciones y la virtual imposibilidad, para la ciudadanía, de establecer algún tipo de diálogo o comunicación con ellos, resulta absurda la idea de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de algún modo, “hablan por mí” o “por nosotros” o “nos expresan” de una manera efectiva. Se trata de instituciones que no gozan de legitimidad democrática. Y el hecho de que, de algún modo, ciertos representantes o dirigentes que comparten mi nacionalidad hayan tenido algo que ver con la designación de uno o alguno de los miembros de ese tribunal no revierte la situación ni resuelve el problema de legitimidad. Mucho menos si, como ocurre en la práctica, una vez designados los integrantes de ese organismo internacional, perdemos todo control democrático sobre lo que hacen, toda posibilidad institucional seria de reprocharles (o elogiarlos) por lo que hacen, o de corregir la línea de sus decisiones: la democracia no tiene nada que ver con eso. Frente a tiempos y cuestiones globales –comenzando por el cambio climático y los problemas ambientales generados por nuestras comunidades– las soluciones deben también encontrar una respuesta global. Pero, otra vez, esa necesaria solución de ninguna manera puede validar cualquier tipo de decisiones, tomadas de cualquier modo. Como resulta obvio, en un marco internacional de extrema desigualdad, ese tipo de respuestas no podrán ser sino malas, injustas: hijas de la desigualdad y destinadas a reforzar esa misma desigualdad que les da origen.

Lamentablemente, la discusión más instalada no tiende a tomar en serio estas consideraciones. En los hechos, en cuanto a los modos de relación entre naciones independientes y organismos supranacionales de supervisión judicial, son dos los

enfoques que han tendido a prevalecer, y ninguno es atractivo. El primero es el que se impuso en Europa, sobre todo a partir del extendido temor de los Estados miembros ante al riesgo de la centralización del poder europeo: el enfoque de la deferencia (Fabbrini, 2015). Esta doctrina, relacionada con la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, afirma que las autoridades locales deben gozar de un margen de apreciación o discrecionalidad en los modos de cumplimentar sus obligaciones jurídicas internacionales. La Corte Europea comenzó a aplicar esta doctrina en el caso "Handyside c. Reino Unido" (5493/72) ECHR 5 (7 de diciembre de 1976), al afirmar que no era posible encontrar en el ámbito doméstico de los Estados miembros "una concepción uniforme sobre la moral" y que las autoridades locales se encontraban en "una mejor posición que los jueces internacionales" para definir cómo aplicar las normas en cuestión (Iglesias, 2013: 7). Por ello –asumió el tribunal– sus decisiones en la materia debían mostrar cierta deferencia a los entendimientos locales acerca de cómo interpretar el derecho internacional en los casos concretos.[19] La perspectiva alternativa es la que ha tendido a prevalecer en América Latina, y que podríamos denominar enfoque de la injerencia o interferencia.[20] Este enfoque comenzó a ganar predicamento en los años setenta, como respuesta directa a la oleada de autoritarismo extremo y violaciones masivas de derechos humanos que dominaron la región en esos años (Chehtman, 2011; Huneeus, 2011). Por ello, también desde sus primeros fallos (comenzando por "Velásquez Rodríguez", de 1988, cuando el tribunal declaró responsable a Honduras de un acto de desaparición forzada), la Corte Interamericana fue adoptando ante los Estados miembros una posición firme e intervencionista en relación con las faltas graves cometidas en materia de derechos humanos (Contesse, 2016). Más tarde, fue expandiendo esta modalidad de intervención a otras áreas, como las relacionadas con los derechos de las minorías (particularmente, minorías indígenas). Y mantuvo ese enfoque intervencionista en casos como "Gelman c. Uruguay", en el que condenó a este país por el modo en que había interpretado sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (específicamente, por haber concedido una amnistía que la Corte consideraba contraria al derecho internacional vigente en la región, y a pesar de que la ley había sido el resultado de años de debate democrático en Uruguay).

En mi opinión, ambos enfoques resultan defectuosos, tanto por la rigidez que muestran como por las razones en las que se basan. Según entiendo, el derecho de izquierda debe mantenerse exigente tanto frente a los problemas de legitimidad democrática que afectan (y seguirán haciéndolo) a los organismos de

supervisión internacionales como ante los graves déficits democráticos que aquejan (y seguirán aquejando periódicamente) a muchas sociedades contemporáneas. Según creo, debe asumir un enfoque que alguna vez denominé de gradación democrática o, en otros términos, sensible al volumen democrático de la decisión en cuestión. Así, y por recurrir a algunos ejemplos, la respuesta debe ser deferente si el caso se refiere a una decisión fuertemente democrática, porque ella ha sido discutida de manera colectiva a través de las esferas formales (Congreso, tribunales, etc.) e informales (a través de un debate público). Por ello, en su momento, me interesó objetar la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Gelman": la decisión podía disgustarnos, pero era indudablemente democrática; había sido discutida ampliamente y de manera transparente por los tres poderes y por la ciudadanía en las calles, y –como si fuera poco– había sido objeto de dos consultas populares, que la habían respaldado. En cambio, la respuesta de un tribunal internacional puede ser no deferente sino intervencionista si la norma es el resultado de un sistema institucional no democrático (como en "Velázquez Rodríguez"), o fuertemente degradado en términos democráticos. Actuando conforme a estos parámetros, los tribunales internacionales se pondrían al servicio del autogobierno colectivo y contribuirían así a la definitiva redemocratización de nuestras sociedades.

▪

[16] Carlos Nino habló de hiperpresidencialismo para distinguir esta modalidad del presidencialismo de la que era propia, típicamente, de los Estados Unidos. El hiperpresidencialismo, según Nino, exacerbaba ciertos rasgos decisionistas del modelo estadounidense, por caso, en las facultades para declarar el estado de sitio, promover la intervención federal en las provincias, nombrar y remover discrecionalmente a los ministros (Nino, 1987).

[17] Véase una posición diferente en Urbinati (2008).

[18] En este sentido, la acción no se convierte en dañosa para terceros por el hecho de que alguien –un tercero–, al verme consumir un elemento nocivo (estupefacientes, cigarrillos, etc.), imite mi comportamiento. Asumir ese daño (como alguna vez lo asumió la Corte argentina, en "Montalvo") implicaría dejar de considerar que la otra persona tiene voluntad y capacidad de decisión propias.

[19] En "The Sunday Times c. Reino Unido" (6538/74, § 61, ECHR 1979 A30),

la Corte sostuvo además que la doctrina del margen de apreciación requería un justo balance entre la protección del interés general de la comunidad y el debido respeto a los derechos humanos fundamentales.

[20] El enfoque se fue afirmando, muy de a poco, desde el surgimiento, en 1948, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la emergencia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la creación de la Comisión de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A todo ello se sumó, en 1978, la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Constitucionalismo y capitalismo

O cómo la política y la economía no son esferas independientes

En este capítulo, examinaré las relaciones entre los sistemas económicos (en particular, el capitalismo) y jurídico (más específicamente, el constitucionalismo), atendiendo sobre todo a los supuestos compartidos y, entre ellos, la idea del autointerés como combustible de la estructura básica de nuestras sociedades. Me interesa poner en cuestión esos supuestos y también el modo en que hemos pensado sobre ambas esferas. Criticaré el "pensamiento invertido" que domina el área, es decir, un pensamiento que ha abandonado la pregunta sobre qué sistema económico conviene adoptar para alcanzar el tipo de lazos sociales preferidos.

Pensar sobre el derecho, pensar sobre la economía

Hemos dejado de pensar las esferas económica y jurídica de manera interrelacionada. Durante siglos, resultó obvio que las reflexiones sobre la organización económica iban (como debía ser) de la mano de otras reflexiones sobre la organización jurídica, al menos, desde trabajos extraordinarios y pioneros como el del republicano inglés James Harrington (Oceana), en el siglo XVII, o el del teórico anarquista William Godwin (Political Justice), en el siglo XVIII. Así también, y de modo bastante inequívoco, en los escritos de los padres fundadores del constitucionalismo americano, que tuvieron absoluta claridad al respecto: Thomas Paine que, al mismo tiempo que escribía sobre el valor de los derechos, presentaba sus escritos sobre la justicia agraria; Thomas Jefferson, que acompañó sus múltiples trabajos sobre el constitucionalismo con sus escritos agrarios; o incluso Juan Bautista Alberdi, quien, en la Argentina, pudo presentar un proyecto entero y fundado de Constitución, casi al mismo tiempo en que redactaba su Sistema económico y rentístico. Con ellos, y más allá de ellos, debemos tomar nota de que el constitucionalismo es incapaz de ganar vida autónoma en relación con el marco socioeconómico sobre el que se erige. Ello no implica sostener, como lo hacía Ferdinand Lassalle, que el constitucionalismo deba ser entendido como una “mera hoja de papel”, si es que no se toma en cuenta la “Constitución material” (Lassalle, 2012). Y es que, por supuesto, el derecho ayuda a moldear, a su vez, esa realidad material en la que se inscribe, y que en parte lo moldea. La presuposición es otra: las esferas legal y económica van de la mano y se alimentan entre sí, por lo que debe reconocerse que las injusticias económicas que tantos padecen resultan, en buena medida, creadas y sostenidas por el derecho, como insisten los autores inscriptos en el movimiento de political economy, que continúa, contemporáneamente, los impulsos críticos del realismo jurídico de los años treinta, y el movimiento de los critical legal studies, en los ochenta. La política económica y el derecho no pueden seguir siendo pensados como si pertenecieran a dos esferas distintas, intocadas e indiferentes la una de la otra. La economía y el derecho pueden y deben trabajar conjunta y progresivamente en pos de objetivos que les son comunes. Para el derecho de izquierda, deben colaborar en pos de la igualdad, como proponía el jurista italiano Carlo Lavagna, en su libro Costituzione e socialismo (Lavagna,

1977; Groppi, 2021).[21]

Economía desigual, derecho desigual

Me interesa subrayar ahora –en consonancia con el pensamiento marxista más tradicional– la relación causal que suele existir entre la economía y el derecho, desde la economía y hacia el derecho. En efecto, el igualitarismo político-jurídico no emerge, naturalmente, de un entramado socioeconómico marcado por la injusta desigualdad. Más bien, la experiencia histórica de nuestros países tiende a reafirmarnos lo contrario: cuando el constitucionalismo se escribe en condiciones de fuerte desigualdad, no es esperable la emergencia de un derecho de la igualdad. En tales contextos, lo previsible es el surgimiento de normas que reflejen la desigualdad y que ayuden a su reproducción y consolidación en el tiempo. Hemos visto anteriormente ejemplos claros de ello: en América Latina, las Constituciones actuales tuvieron su origen en el siglo XIX, en un marco de gravísima desigualdad, y ello se reflejó, sin dudas, en el entramado institucional entonces construido: un sistema político marcado por la extrema desigualdad, en el que uno manda y los demás obedecen. El hiperpresidencialismo latinoamericano es una expresión clara de la desigualdad económico-social en que ese derecho fue prohijado, resultante de ese contexto de desigualdad, en el que la desigualdad económica vigente contribuye a reproducir (contra la esperanza de tantos depositada en que el líder fuerte resuelva la situación sobre la que está parado). Puede decirse, a su vez, que algo similar ocurre en Europa, donde un contexto definido por el desempoderamiento económico genera un gobierno de burocracias marcadas de forma extrema por el problema del déficit democrático.[22]

¿Puede justificarse el derecho de propiedad? La crítica de Bentham

Las consideraciones referidas al impacto de la economía sobre el derecho nos remiten a las versiones más toscas o simplistas del marxismo, en relación con el materialismo histórico, el determinismo económico y el derecho como mera superestructura (Harnecker, 1973). Sin embargo, las cosas resultan ser más complejas, comenzando por el hecho de que la economía influye sobre el derecho (aunque no de igual modo) tanto como el derecho sobre la economía. Esa fue, en buena medida, la idea expresada por Jeremy Bentham al sostener que la ley y la propiedad nacen y mueren juntas.

Bentham afirmaba algo todavía más interesante: el derecho a la propiedad privada, base del sistema capitalista, no era el resultado de una creación divina; más precisamente, no podía justificarse, como lo hiciera John Locke, en nombre de algo así como los derechos naturales. En absoluto. Se trataba (y volvemos así a nuestra discusión primigenia sobre el origen de los derechos), pura y simplemente, de creaciones humanas: la decisión colectiva de organizar la vida económica de cierta manera y no de otra. En este punto, nos encontramos con varias ideas de interés adicionales. En primer lugar, la justificación más tradicional, asentada y difundida de los derechos de propiedad –la ofrecida por Locke– no sería correcta. En segundo lugar, lo sostenido por Bentham nos deja en claro que el derecho es crucial para fundar cierto orden económico, ya que él presta o no la fuerza coercitiva de la que dispone para sostenerlo. En tercer lugar, la crítica de Bentham nos sugiere que el derecho moderno estaría utilizando esos medios coercitivos bajo su control para mantener (preservar y reproducir) un sistema de propiedad privada basado en una justificación indebida.

La justificación de Locke sobre la apropiación privada. La crítica de Nozick

Vale la pena detenerse unos instantes en lo que dice Locke sobre la defensa de la propiedad privada, dado que se trata de la justificación más importante de las bases del sistema capitalista. El argumento de Locke, asentado en la idea de los derechos naturales (que serían autoevidentes, de fuente divina, y cognoscibles por todos), consistía en dos partes: una teoría de la apropiación y un proviso. La primera parte decía, en síntesis, que cada uno es dueño de su cuerpo y de su trabajo; y que si uno mezcla su trabajo con algo que no pertenece a nadie (por ejemplo, el tronco de un árbol para hacer una silla, o una parcela de tierra), queda como dueño de aquello que ha construido con su trabajo (la silla, la cosecha), pero –aquí la segunda parte de su teoría, el proviso– en la medida en que quede "tanto y tan bueno para los demás".

Ahora bien, resulta notable comprobar que, a pesar del extraordinario impacto de esta concepción (que sigue apareciendo siempre en los primeros lugares para justificar la apropiación privada), las bases en que se apoyaba eran muy frágiles. Así, el filósofo político Robert Nozick (tal vez el más importante y lúcido defensor contemporáneo del orden capitalista, y sostenedor, como Locke, de una teoría de la apropiación basada en los "títulos históricos" o historical entitlements), consideró que la justificación de Locke resultaba por completo inaceptable en sus dos partes. Nozick consideraba la primera –la teoría de la mezcla– como directamente ridícula ("si abro una lata de tomates y dejo que se mezcle con el mar, no me apropio del mar, sino que pierdo mi lata de tomates", decía Nozick, con ironía). La segunda parte –el proviso– era la más relevante, la que en verdad sostenía la tarea justificativa, pero aparecía, también, por completo infundada. Nozick refutaba el proviso con el argumento del "cierre hacia atrás", que básicamente decía que, frente a bienes que son escasos, ninguna apropiación quedaría justificada en los términos de Locke: siempre habría un momento en que no quedaría "tanto y tan bueno para los demás", con lo cual –llegado el momento fatídico de la escasez– deberíamos empezar a desarmar, hacia atrás, todas las apropiaciones ya hechas, que comenzarían a convertirse en injustificadas (Nozick, 1973).

En reemplazo de la fallida visión de Locke sobre la apropiación privada, Nozick ofreció una alternativa, edificada sobre una revisión de la idea del proviso. Su propuesta era, esencialmente, la de que una apropiación se justificaba si uno no empeoraba, con ella, la situación de los demás (por ejemplo, me apropio de una tierra en desuso, construyo allí un hotel, doy trabajo a quienes viven en la zona). Sin embargo, el intento de Nozick estuvo lejos de suceder la teoría de su antecesor: su obra fue objeto de críticas despiadadas por parte de quienes se propusieron tomar en serio su visión sobre el empeoramiento de la condición del otro (Cohen, 1995), por lo que el propio Nozick terminó criticando y abandonando su teoría.

Importa notar que, en este punto, no quedamos simplemente enfrentados a una nueva disputa filosófica irresoluble. En efecto, la pregunta que nos hacemos aquí es de vital importancia: ¿se justifica o no el derecho de la apropiación privada? Lo que queda claro es que esa justificación resulta muy difícil de sostener cuando nos apoyamos en algunas de sus fuentes más reconocidas (Locke, Nozick). ¿Debemos entonces recurrir a apoyos filosóficos alternativos? Seguramente. Sin embargo, nada nos garantiza que la empresa termine con un resultado exitoso, sobre todo si entendemos por éxito la justificación de un orden económico de contornos más o menos similares a los que hoy conocemos.

En efecto, las líneas filosóficas alternativas más plausibles, diferentes de las teorías basadas en los títulos históricos, son las consecuencialistas y las basadas en la maximización de la libertad. En ambos casos, la idea sería que la propiedad privada se justifica porque el sistema que la garantiza sería mejor que cualquier otro. Este tipo de ordenamientos –se nos dice– permite que la gente esté mejor (o maximice su libertad) que con organizaciones económicas alternativas, puesto que habilitaría a las personas a organizar mejor sus recursos, incrementarlos y sacarles un provecho que redundaría en beneficio del resto. Se trata de una línea justificatoria apoyada, por lo general, en argumentos del tipo “la tragedia de los comunes”, que sugieren que, con sistemas de apropiación común, las personas no tienen incentivos para cuidar de su tierra o sacarle más beneficios (Waldron, 2004).

Este tipo de justificaciones alternativas resulta promisorio, pero, una vez más, ¿hasta dónde? Lo cierto es que, una vez que nos adentramos en el análisis detallado de lo que ellas reclaman, comenzamos a ver sus graves limitaciones. Porque, como sostuvo Waldron:

En la mayoría de los sistemas de propiedad privada, hay individuos que poseen poco o nada y que están completamente a merced de los demás. Entonces, cuando se dice que “la gente en general” está mejor con acuerdos de propiedad privada, tenemos que preguntarnos ¿qué personas?, ¿todo el mundo?, ¿la mayoría?, ¿o simplemente una pequeña clase de propietarios cuya prosperidad es tan grande como para compensar el consiguiente empobrecimiento de los demás en un cálculo utilitario agregativo? (Waldron, 2004).

Es decir que, en la vida corriente, este tipo de justificaciones no sirve para respaldar un sistema capitalista basado en la propiedad privada, o al menos del modo en que pretenden hacerlo (preservando el orden establecido de manera más o menos idéntica a como está): tal vez, para una mayoría de las personas, lo que dichos sistemas hagan no es permitir que vivan mejor o con más libertad que en sistemas alternativos. Se puede pensar que esas personas (la mayoría de pobres que habitan en muchos países capitalistas contemporáneos, lo que implica decir, en ocasiones, la mayoría de la población) vivirían mucho mejor, o aun con más libertad, con esquemas de organización económica diferentes, tal vez en economías mixtas, o con formas cooperativas de organización, incluso con sistemas sin propiedad privada. Estas dificultades de justificación explican, con seguridad, las serias dudas y diferencias expresadas históricamente por John Rawls (tal vez, el filósofo político más importante del siglo XX) frente al derecho de propiedad privada.[23]

Para concluir, insisto en que entre el derecho y la economía existen vínculos muy estrechos, a través de los cuales no solo la economía influye sobre el derecho (por eso, la desigualdad económica tiende a generar arreglos jurídicos desiguales), sino el derecho sobre la economía. Esto es, el derecho presta su fuerza y su poder coercitivo para sostener ciertos arreglos económicos poco justificados o carentes de una justificación apropiada, y su autoridad para legitimarlos.

Autointerés, virtud cívica y participación política

Adam Smith y James Madison

Así como Bentham decía que “la propiedad y la ley nacen juntos y mueren juntos”, también podríamos decir que el constitucionalismo prevaleciente o clásico y la forma de organización dominante, el capitalismo, también nacieron juntos, aunque no sabemos si morirán juntos. De hecho, cabría señalar, los padres intelectuales de uno y otro sistema, James Madison y Adam Smith, nacieron y murieron en fechas cercanas (Adam Smith, 1723-1790; James Madison, 1751-1836). Y, lo que es más interesante, ambos pensaron uno y otro sistema en términos similares. Se trataba de maquinarias que debían ser capaces de funcionar por sí solas, descansando en una combinación de motivaciones que se tomaban como dadas e inmodificables, e instrumentos creados por el hombre para favorecer o incentivar ciertas conductas. Ese es el mecanismo en que piensa Smith cuando habla del panadero que hará el pan cada mañana, no a partir de su ánimo cooperativo, altruista o solidario, sino movido por el autointerés, y en la medida en que se le permita obtener ganancias a través de ese trabajo: la virtud cívica era innecesaria si se daban los incentivos apropiados. De este modo –generando incentivos institucionales positivos–, con el egoísmo de cada uno iba a ser suficiente para obtener beneficios colectivos: en términos de Bruce Ackerman, se podría, de este modo, “economizar en virtud”.

Esa misma lógica acerca del diseño de instituciones es la que adoptó y desarrolló Madison para hablar ya no de la organización económica, sino de la organización constitucional. En la que ha sido, tal vez, la línea más importante de las muchas que James Madison escribió (El Federalista nº 51; véase Hamilton y otros, 1982), aparece de modo explícito la idea de que un buen sistema institucional es el que sabe combinar las motivaciones personales y los medios constitucionales. En esa instancia –consideraba Madison–, resultaba absurdo o ingenuo tomar como punto de partida –como motivación humana básica– la virtud cívica: los seres humanos (racionales) tendían a actuar a partir de otras motivaciones, más elementales, que no requerían pensar en el otro ni esfuerzo alguno destinado a cooperar con los demás. Por tal razón –no era necesaria la virtud cívica–, Madison aplicó, para la creación del sistema de frenos y contrapesos –el corazón del sistema constitucional del liberalismo–, la lógica

smithiana de los incentivos institucionales y el autointerés. En términos institucionales –apuntaba Madison–, los miembros de cada rama del gobierno iban a verse motivados a controlar los seguros excesos de las demás, no a partir de una preocupación cívica o altruista, sino porque i) iban a contar con los instrumentos necesarios para ello, y ii) cada uno contaba ya con la motivación necesaria para hacerlo: mantenerse en el poder, incrementarlo, no perderlo. El final de esta lógica constitucional promete ser –en un sentido comprensible– feliz, tan feliz como la historia smithiana sobre los panaderos: el egoísmo de nuestros funcionarios públicos promete redundar en beneficios institucionales para todos; se limitan así los excesos (cada rama de gobierno impide los de los demás, por propio interés); no hay opresión mutua (nadie está en condiciones de decidir sin el acuerdo, al menos parcial, de los otros); todos los ciudadanos nos beneficiamos de esa lógica de funcionamiento, en la que cada porción del poder necesita del apoyo del resto.

¿Autointerés o virtud cívica como motor institucional?

La idea del autointerés como supuesto básico y motor del sistema institucional (económico y jurídico) implicaba, tanto en Smith como en Madison, una toma de partido en relación con un debate intenso en la época y que venía de antiguo: el impulsado por los republicanos en torno al papel de las virtudes. Ni Smith ni Madison le daban la espalda a esa discusión o menospreciaban el valor de las virtudes. Más bien a la inversa, Smith consideraba que ciertas virtudes –la prudencia, la parsimonia– eran necesarias para acumular capital o tener éxito comercial; y Madison incluía con frecuencia las virtudes cívicas en sus discursos políticos. Sin embargo, lo cierto es que el mecanismo en el que pensaba Smith, cuando hablaba de la mano invisible, se activaba y movía a partir del egoísmo: era ese egoísmo, antes que cualquier espíritu virtuoso o solidario, el que permitía conseguir un beneficio colectivo no intencionado. Como dijo Smith en La riqueza de las naciones, "una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos iniciales". Lo mismo en Madison, quien suscribió una idea idéntica a la de Smith, con una formulación todavía más fuerte. En efecto, en El Federalista nº 51 (véase Hamilton y otros, 1982), Madison consideró ingenua la posición de sus adversarios –críticos de muchos de los mecanismos propuestos en la Convención Federal, incluyendo los relacionados con los frenos y contrapesos–, como si esos adversarios no entendieran el funcionamiento real de las cosas, o pensaran que la política estaba en manos de ángeles. Es por eso que Madison les responde directamente, pero sin nombrarlos: "Si los hombres fueran ángeles, las instituciones sobrarían". Es decir, como las personas en general y los funcionarios públicos en particular no son ni van a comportarse como ángeles (lo esperable es que se comporten como seres egoístas, que quieren acumular poder), es que se diseñaba un sistema de controles mutuos, como el de los checks and balances, que no esperaba comportamientos virtuosos de parte de los funcionarios de gobierno y estaba preparado para favorecer el bien común aun en ausencia de esas actitudes cooperativas.

Los costos de fundar las instituciones sobre el autointerés

A pesar de la razonabilidad de muchos de esos reclamos, entiendo que en este debate el derecho de izquierda tomaría una posición más cercana a la de la facción criticada, es decir, la que entendía que el egoísmo no podía constituirse en la columna vertebral de toda la organización institucional. Son varias las razones de este supuesto, pero querría subrayar dos: i) al descansar en el autointerés o el egoísmo como combustible motivacional, incentivamos (nos comprometemos con) riesgos institucionales demasiado serios, incluso la alienación de la clase dirigente; ii) de ese modo, renunciamos a algo demasiado importante, esto es, la promoción de comportamientos más cooperativos.

Detengámonos en los riesgos institucionales que en buena medida creamos al tomar el egoísmo como combustible institucional. Pienso, ante todo, en el esperable riesgo de que la clase dirigente –honrando el principio motivacional del autointerés al que se le da vía libre– decida pactar entre sí para maximizar los propios beneficios (en lugar de controlarse mutuamente), sacrificando para ello el interés común o dejando de lado toda atención sobre este. ¿Por qué motivo, gozando de tantos privilegios, con tantos beneficios al alcance de la mano y tan pocos riesgos alrededor, los funcionarios públicos deberían optar por conductas que los lleven al control y la fiscalización mutua? ¿Por qué actuarían de ese modo (funcional al beneficio colectivo) si pueden acordar entre sí la maximización de sus intereses, reduciendo todavía más la capacidad ciudadana de controlarlos?

Vayamos ahora al segundo punto y pensemos que, cuando apostamos todas nuestras expectativas al autointerés, perdemos la posibilidad de promover comportamientos más cooperativos y en beneficio común. Vale ahora que nos preguntemos: ¿será que la cooperación requiere algo imposible o no esperable –que las personas actúen motivadas como ángeles o a partir de la virtud cívica–, o algo indeseable –el cultivo de la virtud en términos que darían lugar a una política riesgosa, perfeccionista–? (Sandel, 1996). Entiendo que no, en absoluto. Un derecho de izquierda debe ser consciente, en cambio, de que las actitudes y

motivaciones personales son también un producto del sistema institucional (político, económico) prevaleciente. Por lo tanto, es esperable que las personas actúen cotidianamente movidas por su exclusivo autointerés (por su propia supervivencia, en definitiva) en el marco de una economía capitalista a ultranza, que las abandona a su suerte; o en el contexto de un sistema político que desalienta la participación (por ejemplo, porque nos deja en claro que la movilización de millones de personas cuenta con muchas menores posibilidades de éxito político que un empresario poderoso que golpea la puerta del despacho presidencial). Pero al mismo tiempo, y por las mismas razones, es esperable que esos sujetos se abran a otros comportamientos (que no es igual que decir que se conviertan, de pronto, en seres angelicales o perfectos) si el sistema institucional favorece la cooperación antes que la confrontación (por ejemplo, la confrontación que se exacerba cuando se deja en claro que "solo una silla importa": la silla presidencial); o si el sistema económico ofrece seguridades y protecciones, en lugar de fomentar la apropiación de ventajas entre unos y otros. Insisto en que nuestras actitudes hacia los demás dependen en gran medida del contexto institucional dentro del cual actuamos: un marco institucional feroz (que nos amenaza cotidianamente con el éxito mayor o la caída en desgracia) generará comportamientos de lucha desesperada por la supervivencia, que indudablemente serán moderados en contextos institucionales que nos garanticen ciertas protecciones económicas o favorezcan nuestra cooperación política, nuestra conversación democrática.

La virtud cívica como producto endógeno del sistema institucional

Quienes colocaban en el centro de sus preocupaciones la virtud cívica no defendían ni necesitaban defender el compromiso con su comunidad y con los demás de un modo naíf, es decir, considerando que los funcionarios públicos, una vez llegados al poder, se convertirían en ángeles o se verían motivados por un súbito altruismo. De ningún modo. Entiendo que la reconstrucción apropiada de lo que ellos sugerían era otra: lo que proponían era un reconocimiento a lo que podríamos llamar "la formación endógena del carácter". Para decirlo más claro: nuestros comportamientos, iniciativas, reacciones, tienen mucho que ver con las reglas e instituciones dentro de las que nos movemos. Es esperable que todo sistema económico-político fomente ciertas conductas antes que otras, cierto tipo de vínculos entre las personas, que pueden servir más o menos a los propósitos básicos de nuestra vida común (por ejemplo, alentar o no la cooperación; ayudar a que vivamos en paz o progresemos materialmente). En tal sentido, y por tomar un ejemplo relevante, Thomas Jefferson consideraba que "el gobierno republicano" encontraba sus fundamentos "no en la Constitución, sin dudas, sino meramente en el espíritu de nuestra gente". Dicho espíritu –concluía– iba a obligar "aun a un déspota, a gobernarnos democráticamente" (Jefferson, 1999: 212). Con Jefferson, muchos republicanos se cuestionaban también qué tipo de cualidades de carácter iban a promoverse a partir de las pautas que regulaban, en su tiempo, la vida económica de la comunidad. Por ejemplo, el antifederalista George Mason se preguntaba: "¿Los modales propios de las ciudades comerciales populosas serán favorables a los principios del gobierno libre? ¿O es que el vicio, la depravación de la moral, el lujo, la venalidad y la corrupción, que invariablemente predominan en las grandes ciudades comerciales, van a ser totalmente subversivas para él?". La virtud, concluía Mason, era esencial para la vida de la república y esta "no puede existir sin frugalidad, probidad y rigurosidad en la moral" (Sandel, 1996: 126). Del mismo modo se expresaban autoridades como John Adams o Benjamin Franklin. Para este último, "solo un pueblo virtuoso es capaz de alcanzar la libertad. Y cuando una nación se convierte en corrupta y viciosa, entonces tiene luego más necesidad de contar con alguien que la domine" (Sandel, 1996: 126).

¿Qué economía es necesaria para promover una sociedad igualitaria?

Las conexiones establecidas entre rasgos de carácter (frugalidad, corrupción, etc.) y economía (comercio, agricultura, etc.) hablan con claridad de una forma de pensar que ya no está con nosotros. En ella se reconocían los vínculos y las conexiones causales entre las diversas esferas de la vida social. A fines del siglo XVIII, de hecho, fueron muchos los que consideraron que se encontraban ante una disyuntiva económica: fundamentalmente, entre el camino que los llevaba a una sociedad comercial y el que los conducía hacia una sociedad agraria. Y la intuición era que la sociedad comercial –a diferencia de la agraria– tendía a promover rasgos de carácter y relaciones personales poco favorables para la cooperación social: cada uno iba a ver al de al lado como un competidor o una amenaza, más que como un aliado. De ese modo –asumían– iban a fomentarse comportamientos más competitivos que cooperativos. Aquí, en todo caso, interesa menos destacar el acierto o no de las conexiones causales que ellos trazaban, que los modos en que pensaban, y lo apropiado de las preguntas que se planteaban. Subrayaría, entonces, tanto el valor de la pregunta principal que se hacían: "¿Qué tipo de ciudadano promueve esta forma de organización institucional?", como la orientación de su respuesta: "Necesitamos un sistema económico-político-jurídico que favorezca la cooperación social". En la actualidad, hemos dejado de lado por completo esa línea de reflexión que, en todo caso, tendemos a considerar más como ridícula que como crucial: como si nada de eso importara, o todo diera lo mismo.

Se trata de preguntas importantes que el derecho supo hacerse, durante mucho tiempo. Una buena ilustración de ello la ofrece el filósofo estadounidense Michael Sandel, en su trabajo Democracy's Discontent (1996), donde rastrea el hilo republicano que recorre buena parte de la historia jurídica de los Estados Unidos, desde aquel momento fundacional o constitucional, de fines del siglo XVIII, hasta bien entrado el siglo XX, para desaparecer luego. Sandel muestra, por ejemplo, la centralidad que le daban los jueces, en sus decisiones, al tipo de ciudadanía que fomentaba el derecho. Muchos de ellos –nos dice– se oponían a "la dependencia de los trabajadores bajo el capitalismo industrial, en razón de

que este privaba a aquellos de la independencia mental y de juicio necesarias para una participación significativa en el autogobierno” (Sandel, 1996: 326).

¿Qué rasgos de carácter promueve el capitalismo? ¿Qué actitudes fomenta el actual modelo constitucional?

En la actualidad, el derecho de izquierda debe animarse a recuperar antecedentes como los citados, en los que se pensaba a la inversa: desde los vínculos sociales deseados hacia la organización institucional. Y, en lugar de cerrar los ojos a aquellas viejas reflexiones, preguntarse qué tipo de ciudadanos, qué tipo de relaciones personales, tienden a fomentar los arreglos institucionales propios del capitalismo en el que vivimos (por ejemplo, si alientan o desalientan el involucramiento cívico de la ciudadanía).

Mi intuición, al respecto, va en línea con la que sugirió el filósofo marxista de Oxford, Gerald Cohen, quien sostenía que el problema del capitalismo tenía que ver con los dos principales rasgos de carácter que promovía: "la codicia y el miedo" (Cohen, 2010). Codicia de acumular cada día más ganancias, miedo a perderlo todo y quedar en la nada, de un momento a otro. Claramente, ese ethos personal es contrario al que necesita el tipo de sociedad libre y cooperativa que pretendía el liberalismo igualitario que Cohen terminó por abrazar.

Tanto la teoría socialista (la que defendieran autores como Cohen) como la republicana (defendida por autores como Sandel) coinciden en que el autogobierno colectivo requiere ciudadanos activos, con la disposición moral de vincularse con sus conciudadanos y ponerse de pie en defensa de los intereses comunes (Sandel, 1996). Seguramente hay algo de verdad en dicho enunciado, pero ello no implica que debamos aceptar con ligereza todas las derivaciones que se asocian con dicho reclamo. Ante todo, esto no implica considerar que, con esos requerimientos, el autogobierno es imposible porque no contamos (ni es dable esperar que contemos) con una ciudadanía así dispuesta; o indeseable porque la única manera de transformar a la ciudadanía para inculcarle virtud cívica es a través de medios autoritarios, irrespetuosos de la libertad.

Además, como nos lo ha demostrado repetidas veces la práctica, en todos estos años (tengo en mente, por caso, recientes procesos de movilización popular en torno a temas de salud reproductiva), la ciudadanía tiende a involucrarse más en

la discusión sobre temas de interés público i) cuando se siente interpelada por tales discusiones (es decir, no cuando se la invita a expresarse sobre temas que no le interesan), y, lo que es tal vez más decisivo, ii) cuando advierte que lo que vaya a decir será tomado en serio por las autoridades públicas. Cuando la ciudadanía intuye que su voz no va a ser considerada, racional y razonablemente opta por no intervenir, o no aceptar una convocatoria que considera falsa.

En este sentido, y en lugar de predicar contra la falta de involucramiento cívico de la ciudadanía, correspondería reconocer que todos somos demasiado parecidos, en el sentido de que a todos nos interesan más ciertos asuntos de relevancia pública, y no tanto otros, sobre todo cuando se vinculan con razonables intereses personales. Y en esa misma línea, corresponde admitir que todos tenemos el cuerpo, de un modo u otro, marcado por la historia: recordamos bien la cantidad de veces que quisimos decir algo o reclamar por algún derecho y fuimos desatendidos o simplemente ignorados por el poder público, o directamente reprimidos por él. Por lo cual, tenemos capacidad de advertir cuándo la puerta de la decisión pública se nos muestra abierta y cuándo no. En estos últimos casos, de forma racional y razonable tendemos a decirle "no" a las invitaciones que nos hace el poder; del mismo modo en que tendemos a actuar de otra manera en los excepcionales casos en que intuimos que nuestro aporte puede ser tomado en cuenta. Entonces, en lugar de quejarse de la apatía ciudadana, las autoridades públicas deberían ver cuáles han sido sus responsabilidades en la construcción de ese retraimiento cívico ante la –autointeresada, ineficiente y alienada– política profesional.

[21] Se trata de un tema frecuente en la doctrina italiana. Sobre "la vía italiana al socialismo", véanse también Togliatti (2017), Ferrara (1979). En la Argentina, en su momento, el abogado e intelectual de izquierda Silvio Frondizi escribió sobre cómo podía pensarse la Constitución, y su reforma desde una óptica comprometida con el derecho de izquierda. Sostuvo, primero: "Es precisamente porque creemos que la libertad es indivisible, que luchamos para conseguir la universalización de la libertad económica, como medio para alcanzar la libertad política y espiritual". Luego, habló de dos reformas posibles: "La primera de las reformas que deben encararse es la del art. 17 de la Constitución nacional, para establecer la socialización –o mejor aún, colectivización– de los medios de producción. Y decimos socialización para que no se confunda con la

estatización, que nos introduce en un posible capitalismo de Estado, último baluarte de la burguesía decadente […]. El otro aspecto y que se refiere al problema político, reside en la supresión lisa y llana de la norma contenida en el art. 22 [...]. Es fácil notar que este artículo se encuentra descolocado en el propio texto constitucional, desde el momento que nuestra carta fundamental hace referencia en más de una oportunidad a la soberanía del pueblo". De manera similar, Carlos Sánchez Viamonte (autor, entre otras, de la obra Democracia y socialismo), afirmó: "La justicia económica es la condición previa de la libertad. El individualismo liberal de la democracia burguesa proclamó la libertad, pero solo pudo crear y organizar el derecho a la libertad, no la libertad real y efectiva. El derecho a la libertad es la ilusión de la democracia burguesa […]. Es evidente la aberración individualista-capitalista, de que adolece nuestro orden jurídico del siglo XIX, al prestar mayor atención y atribuirle mayor jerarquía a los bienes que a las personas […]. Elevados a la categoría de derechos individuales sagrados e inviolables, los derechos relativos al patrimonio han significado siempre el privilegio de una clase opresora y explotadora. Por eso es necesario excluirlos de la libertad. No son derechos personales, porque no se refieren a la personalidad humana […]. Urge la rectificación, para que se cumpla, en la normalidad de su curso, el proceso de solidaridad social, trabado hasta ahora por el abuso secular de la fuerza económica" (Sánchez Viamonte, 1959: 376-377).

[22] Como ejemplos de control, puede advertirse de qué modo los marcos socioeconómicos más igualitarios se expresaron en sistemas políticos más igualitarios, como los escandinavos (Esping-Andersen, 1990).

[23] Se entiende así, por ejemplo, por qué el derecho de propiedad no aparece dentro de los derechos básicos de los que hablaba en su Teoría de la justicia (Rawls, 1971), por qué Rawls defendió una posición tan firme contra las formas tradicionales del capitalismo, o mantuvo incluso, en ocasiones, posturas directamente anticapitalistas (Rawls, 2001; Rawls y Van Parijs, 2003).

6. Qué hacer

Sobre lo ya hecho

Asumiendo que las consideraciones anteriores fueron, ante todo, negativas, referidas a los problemas que afectan a nuestro sistema institucional, explicaciones en torno a sus sesgos y falencias, a lo que el derecho de izquierda no es o no debería aspirar a ser, puede aparecer la pregunta leninista: ¿qué hacer?, ¿qué construir? ¿Cuáles son las salidas? ¿Cuáles las propuestas positivas?

Ante este tipo de preguntas, lo primero que haría es impugnar, en parte, sus supuestos, clarificando el sentido de lo escrito hasta aquí. Lo cierto es que, a lo largo de todo este trabajo, he procurado establecer pautas de las que desprender alternativas institucionales específicas de forma más o menos inmediata.

Conforme a lo anunciado al comienzo, contamos ahora con un ideal regulativo bastante definido, que nos permite pensar mejor hacia dónde ir, hacia dónde no, y por qué razones. Ese ideal regulativo está alimentado por principios (a los que examinamos desde la filosofía política) y consideraciones sobre la práctica (sobre sociología, historia y psicología políticas), que prometen jugar un papel significativo en la construcción de alternativas institucionales.

Ante todo, dicho punto de partida teórico nos ayuda a precisar el diagnóstico de los problemas en juego. Ello resulta crucial cuando reconocemos que mucho de lo que no se hace o se hace mal se debe a errores de diagnóstico sobre los que tendemos a recaer, una y otra vez. Esos errores son los que han llevado a sectores de la izquierda política a confundir, por ejemplo, democracia con voto (desde una concepción paupérrima de la democracia) para ofrecer luego, frente a cualquier problema institucional (falla en la justicia, demora en la legislatura, errores presidenciales), la misma respuesta: “Votemos ahora mismo”, “Votemos más”, “Hagamos una consulta popular”, “Elijamos a tal o cual (al que cuestionamos) por medio del voto”. Es este tipo de errores, también, lo que ha llevado a la izquierda a caer fácilmente en los brazos de cualquier líder que le prometía tomarla en serio y conseguir, por los medios que fueran, los objetivos últimos buscados (justicia social, por ejemplo). El resultado ha sido, en casi

todos los casos, el más desafortunado: se profundizan las desigualdades, continúan las injusticias, y la izquierda política queda desacomodada, ya sea por un discurso que termina siendo irreflexivo, ya sea por apuestas políticas que (una vez más) la vinculan con el autoritarismo.

Por lo demás, todos esos criterios que hemos puntualizado nos han permitido fundar las críticas sobre instituciones y prácticas prevalecientes, y es crucial tener en claro por qué criticamos lo que intuitivamente rechazamos. Más todavía, en los pliegues de esas críticas aparecen sugeridas, apenas ocultas, cantidad de alternativas disponibles, y las razones en que se fundan. Doy algunos ejemplos: i) la crítica radical al sistema representativo exige asentar el sistema democrático en formas más directas de la democracia; ii) la crítica a las toscas formas de la democracia directa a las que se apela habitualmente (las que toman el lugar de la conversación entre iguales) orienta hacia prácticas centradas en el diálogo democrático; iii) la crítica a las prácticas llamadas “dialógicas” más conocidas (por caso, la crítica a que las experiencias deliberativas, como las audiencias públicas convocadas desde la justicia, terminan siendo un instrumento discrecional en manos de los tribunales) nos instan a no descansar sobre esas alternativas aparentemente exitosas, sino a seguir explorando formas más dinámicas, más inclusivas, menos vulnerables a la captura por parte de las viejas instituciones, del viejo funcionariado. Obviamente, la elección de tales alternativas específicas deberá depender de las energías cívicas y políticas disponibles, y de las condiciones contextuales, relacionadas con el tiempo y el lugar particulares en los que se esté pensando. El análisis de esas condiciones nos ayudará a determinar –a la luz de los principios y criterios con los que contamos– qué instituciones escoger, y también la ambición –el carácter más o menos abarcativo– de los cambios emprendidos (¿debemos optar por cambios maximalistas o parciales?); y la velocidad e intensidad de esos cambios (¿más radicales o más parsimoniosos?), con todo lo que implican tales opciones (los cambios demasiado ambiciosos quedan sujetos a problemas de rechazo o reacción extrema [backlash], o a riesgos como el de la hiperracionalidad [Elster, 1985]; cambios moderados resultan, habitualmente, vulnerables al problema de la “captura”). Es crucial también determinar cómo puede atravesarse lo que Adam Przeworski denomina “el valle de la transición”.

Socialismo liberal o democracia de propietarios

Pensando ahora en propuestas positivas sobre el “qué hacer”, voy a concentrarme en dos tipos de respuestas posibles: unas relacionadas con la estructura económica, otras, directamente referidas a la estructura constitucional. La idea será considerar ambas cuestiones en paralelo, y a la luz de principios y objetivos similares, contra la práctica habitual de tomar tales esferas como autónomas o la de asumir, sin problemas, que responden a principios diferentes u opuestos. Así, nos remitimos siempre a lo que John Rawls denominó la “estructura básica” de la sociedad, que incluye la Constitución política del país y sus disposiciones económicas principales.

Comienzo entonces con algunas consideraciones sobre la política económica que podría resultar apropiada en y para una sociedad igualitaria, como base de un derecho de izquierda y funcional a su reproducción.

Como cuestión preliminar, aclararé que la pregunta sobre qué programa adoptar, en materia económica, desde una perspectiva igualitaria, comprometida políticamente con la izquierda, es demasiado compleja como para resolverla de manera adecuada en el marco de este libro. En todo caso, me interesará sugerir algunas pistas posibles en relación con qué programa económico adoptar, que esté al servicio de los principios que he presentado y desarrollado en este trabajo y que a la vez sea consistente con ellos: el autogobierno colectivo y la autonomía personal.

Tiendo a pensar, con el economista francés Thomas Piketty, que en el capitalismo existe una tendencia inherente a crear niveles muy altos de desigualdad en el ingreso y en la riqueza (Piketty, 2021). Considero con él, también, que esas desigualdades tienden a traducirse luego en desigualdades de poder, y que así contribuyen a reproducir situaciones de injusticia, en las que algunos ganan y otros pierden por razones ajenas a su responsabilidad. En este sentido, entiendo, junto con John Rawls, que, “cuando las desigualdades de riqueza exceden cierto límite”, se ponen en riesgo las instituciones destinadas a proteger la “equitativa igualdad de oportunidades” (Rawls, 2001: 139). Más aún,

como señaló Rawls en La justicia como equidad. Una reformulación (2001), esas dificultades no son resueltas, siquiera, en los modelos capitalistas del Estado de bienestar, porque en tales sistemas se permite que "una pequeña clase tenga el cuasi monopolio de los medios de producción" y se autorizan "grandes disparidades en la calidad de acceso a la enseñanza". Para Rawls, si no se aseguran la dispersión del capital y la permanencia de poderes de negociación equitativos, las condiciones de trasfondo (background conditions) de una sociedad justa resultan socavadas.

Para Rawls, solo dos modelos de organización económica serían compatibles con principios de libertad y democracia como los que aquí se defienden: un "socialismo liberal o de mercado" –que no es ajeno al pensamiento de Piketty–, y una "democracia de propietarios" (property-owning democracy). Tales sistemas, y no las alternativas prevalecientes, serían los únicos capaces de asegurar que se mantenga la "dispersión de la propiedad de la riqueza y el capital", y a la vez se respeten principios como los citados. Notablemente, ya en su original Teoría de la justicia (1971), Rawls defendió ambas posibilidades como las únicas consistentes con su visión de la justicia, a pesar de que la doctrina filosófica y política (que desde la publicación de su obra propuso infinitos desarrollos para su teoría) básicamente ignoró o pasó por alto la sección de la obra dedicada a estas dos alternativas.

De las dos propuestas económicas que Rawls defendió, la del socialismo de mercado tuvo alguna trayectoria mayor. Moldeado bajo los viejos proyectos de Oskar Lange y Fred Taylor, el socialismo de mercado fue definido por Elster como "un sistema de cooperativas de trabajadores que toman parte en transacciones de mercado unas con otras" (Elster, 1985: 449). Sin embargo, no todos los autores que se ocuparon de esta propuesta la entendieron y caracterizaron del mismo modo. Según un pionero y agudo estudio de Allen Buchanan, el moderno socialismo de mercado podría distinguirse por los siguientes rasgos:

todos los precios, incluidos los de los bienes de producción, son fijados por el mercado;

el gobierno central desarrolla el plan general de inversiones, recogiendo recursos de impuestos sobre las tasas de ganancia de las empresas, no establece el precio de los bienes e interviene en la reducción del desempleo;

las empresas son manejadas por los trabajadores; compiten entre sí en el mercado de consumo y en la puja por recibir fondos públicos (a una tasa de interés determinada por el Estado);

los trabajadores definen, dentro de cada compañía, qué y cómo producir, y cómo distribuir las ganancias obtenidas;

todos los trabajadores contribuyen, democráticamente, a la toma de todas las decisiones básicas de la empresa, pudiendo elegir incluso la delegación de estas decisiones en una autoridad más concentrada (Buchanan, 1985: 106).

Una vez concebida, esta propuesta fue objeto de múltiples estudios destinados a examinar su viabilidad. Obras como la editada por John Roemer y Pranab Bardham representan una gran introducción para quienes están interesados en reflexionar sobre las posibilidades reales de su implementación y funcionamiento, en el marco de sociedades como las nuestras (Roemer y Bardham, 1993). Señalo lo anterior sin olvidar las admoniciones de Gerald Cohen sobre el mercado y sus límites; en su texto “¿Por qué no el socialismo?”, por ejemplo, Cohen señala: “Todo mercado, aun un mercado socialista, es un sistema predatorio. El intento de ir más allá falló hasta ahora. Pero no creo que, por ello, la conclusión correcta sea la que dice que hay que abandonar el intento” (Cohen, 2010).

Una vertiente similar de este modelo económico socialista aparece defendida, también, por Thomas Piketty, quien, en el último capítulo de Capital e ideología, se refiere a ella como “socialismo participativo”: un modelo de organización económica en el que los trabajadores ocupan un papel más central y protagónico

en el gobierno de las empresas. En sus términos: “El modelo de socialismo participativo propuesto se basa en dos pilares esenciales tratando de superar el sistema actual de propiedad privada, por un lado, mediante la propiedad social y la división de los derechos de voto en las empresas, y por otro, mediante la propiedad temporal y la circulación de capital” (Piketty, 2019: 1138).[24]

Frente a la alternativa del socialismo de mercado, la propuesta de una democracia de propietarios recibió mucha menor atención por parte de la comunidad académica y política, aunque ha habido algunos intentos recientes de retomar su estudio (O’Neill y Williamson, 2012). En su trabajo original de 1971, Rawls tomó el modelo de la democracia de propietarios del economista británico James Meade (premio Nobel de Economía en 1977). Se apresuró también en diferenciar esta propuesta de otros modelos alternativos: el Estado de bienestar, el capitalismo de laissez faire, el socialismo de Estado y el socialismo liberal (Rawls, 2001). En la democracia de propietarios nos encontramos con un sistema que autoriza la propiedad privada, pero en este caso se encuentra democráticamente distribuida y, además, se impide la concentración del poder económico. En dicha sociedad, las instituciones del Estado favorecen la distribución equitativa de la propiedad productiva y aseguran que todos los individuos tengan igual oportunidad de participar en el mercado. En términos de Rawls, las “instituciones de trasfondo” de una democracia de propietarios se dedican permanentemente a dispersar la propiedad de la riqueza y el capital, y evitar de ese modo que una pequeña parte de la sociedad controle la economía e indirectamente también la vida política (Rawls, 2001: 139). ¿Cómo es que las instituciones de Estado consiguen mantener esa dispersión de la riqueza? Siguiendo a Meade –quien sugería una política fiscal agresiva destinada a asegurar una transferencia de capital entre generaciones y la redistribución de ese capital de una manera igualitaria, con particular énfasis en el desarrollo de capital humano y educación pública–, Rawls piensa sobre todo en dos medios: i) impuestos progresivos sobre donaciones y sucesiones, y ii) políticas públicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades en la educación y formación de las personas. La idea –agrega Rawls– no es simplemente la de “asistir a aquellos que han perdido a partir de algún accidente o desgracia (aunque dicha asistencia deba proveerse), sino la de colocar a todos los ciudadanos en posición de manejar sus propios asuntos desde un lugar de suficiente igualdad social y económica” (Rawls, 2001: 139).

En definitiva, los dos modelos económicos aquí presentados –el socialismo liberal en su versión de socialismo de mercado y la democracia de propietarios,

en su versión rawlsiana– nos sugieren que existen alternativas atractivas al tipo de capitalismo prevaleciente en la mayoría de nuestras sociedades.[25] Se trata de alternativas que no requieren caer en las formas autoritarias que fueron propias del socialismo real, que a la vez son capaces de ir más allá del capitalismo de Estado de bienestar que emergiera en Europa a mediados del siglo XX, y que, sobre todo, resultan plenamente respetuosas de los ideales del autogobierno colectivo y la libertad personal.

Asambleas ciudadanas y más allá

Me concentro ahora, brevemente, en algunas propuestas para el área constitucional. Cabe afirmar que no hay un "talle constitucional único" válido para cualquier tiempo y lugar, ni recetas obvias frente al tipo de problemas que confrontamos. En todo caso, a la luz de los principios de los que partimos (la igual posibilidad de cada persona de vivir libremente y de cada sociedad de gobernarse a sí misma) y de la irremediable crisis de representación que atravesamos (entendiendo que el sistema institucional que conocemos fue pensado en relación con una sociedad que ya no existe), mencionaría algunas alternativas que han surgido en estos años y que podrían ayudarnos a responder a las dificultades.

En primer lugar, muchas de las experiencias asamblearias que se han explorado en los últimos tiempos representan una promesa de interés. No se trata del punto de llegada de nuestros sueños, ni de la tierra prometida que se alcanza por fin, sino de una promesa atractiva, si tomamos en cuenta el muy preocupante sitio institucional desde el cual partimos. Pienso, en tal sentido, en asambleas ciudadanas que hoy nos confirman que la práctica de la conversación entre iguales y la mutua justificación es posible y deseable, aun en el marco de sociedades divididas e imperfectas como las nuestras: en los mejores casos, a través de asambleas ciudadanas institucionalizadas y formalmente bien organizadas (como en Irlanda); en otros, mediante asambleas más informales (como en la discusión sobre el aborto, en la Argentina de 2018), e incluso, de forma más modesta y controvertida, por medio de "minipúblicos" (una asamblea ciudadana que trata de ser demográficamente representativa de la totalidad de la sociedad).

En particular, ejemplos exitosos como los promovidos en Irlanda, primero en 2012 y luego en 2016 (seguramente, los puntos más altos de un largo desarrollo de eventos asamblearios que tuvieron lugar a lo largo de Occidente durante las tres últimas décadas), nos ayudan a reconocer la potencia y capacidad de las asambleas ciudadanas para la tarea de la creación constitucional.

Me referiré brevemente al caso irlandés, dada la riqueza y relevancia de tales experiencias. La primera de las reuniones ciudadanas destinadas a reformar la Constitución tuvo lugar en 2012. Entonces, se convocó a una Convención Constituyente, que llevó adelante su tarea entre diciembre de 2012 y marzo de 2014. La asamblea funcionó con cien miembros: un presidente, 29 miembros del Parlamento, cuatro representantes de los partidos políticos de Irlanda del Norte y 66 ciudadanos irlandeses seleccionados al azar, procurando un equilibro en cuanto a edades, procedencia geográfica y género del electorado (mediante la combinación de políticos profesionales y ciudadanos del común, la Convención procuró mejorar el funcionamiento de la Asamblea de Islandia –crowdsourced–, que solo aparecía compuesta por individuos seleccionados al azar). La Convención debía tratar ocho temas (entre ellos, la reducción del mandato presidencial, la reducción de la edad para votar, el matrimonio de personas del mismo sexo), y luego pudo agregar dos más (uno de ellos consistía en derechos económicos, sociales y culturales). Se reunió durante diez fines de semana por año, las sesiones de discusión se celebraron a lo largo de todo el territorio irlandés, y los plenarios estuvieron abiertos al público y se transmitieron en vivo. El gobierno estaba obligado a responder formalmente a esas propuestas, aunque no a aprobarlas. Finalmente, varias de las propuestas elaboradas por la Convención fueron tomadas por el gobierno y sujetas a la consideración popular. De los referendos desarrollados, el más conocido fue el vinculado con la propuesta de matrimonio igualitario, que resultó aprobada en mayo de 2015. Poco tiempo después se convocó a una segunda Asamblea de Ciudadanos. Esta fue organizada en 2016, y compuesta de una manera similar a la Convención de 2012 (un presidente, 33 políticos profesionales, 66 ciudadanos escogidos al azar). Debía tratar siete temas, de los cuales la cuestión más conocida era la relacionada con el derecho al aborto, que –siguiendo las recomendaciones de la Asamblea– fue respaldada popularmente a través de un referendo, en 2018.

En definitiva, nos encontramos aquí con experiencias de creación constitucional que confirman la posibilidad efectiva, la impronta deseable y el enorme valor de los procesos de discusión pública abiertos, inclusivos, horizontales. La lección parece clara: en momentos de grave crisis institucional, tiene sentido canalizar las energías cívicas en la renovación constitucional, al menos, en la medida en que se asegure la intervención de la ciudadanía durante ese mismo momento de creación y discusión legal, en lugar de limitar su intervención a los márgenes de ese proceso, por ejemplo, a través de plebiscitos de entrada y salida, como ocurre en el modelo del "reloj de arena" propuesto por Elster en 1995 (que, como su nombre lo indica, es ancho en sus extremos y estrecho en el centro, lo que

significa que los debates se realizan alejados del público, mientras que se reserva la intervención ciudadana al comienzo y al final del proceso deliberativo).

Este modelo de creación constitucional –abierto, inclusivo, participativo, deliberativo– representa un extraordinario contraste en relación con modelos como los de Venezuela, Bolivia y, recientemente, Chile, en los que la participación popular, en los hechos, resultó básicamente acotada a un "instante final" (lo que en 2022 se denominó "plebiscito de salida"). Allí, se exigió a la ciudadanía ofrecer una respuesta binaria, por "sí" o por "no", a centenares de artículos complejos y diversos en su naturaleza, contenido y carácter. Este tipo de convocatorias ofenden más que honran al tipo de principio democrático que aquí defendemos. Todo está mal en ese particular instrumento institucional como herramienta que pretende inscribirse dentro del mapa democrático. Menciono tres críticas, para comenzar: i) resulta absurdo someter a un "sí" o "no" un documento de cientos de artículos, que reclama nuestra opinión sobre cada una de esas cláusulas (las presentes y las ausentes); ii) ese tipo de opciones binarias sobre textos complejos y contradictorios generan la posibilidad de que queramos apoyar algunas de las cláusulas y a la vez rechazar varias otras, con riesgo de extorsión electoral, una posibilidad muy atractiva para líderes autoritarios dispuestos a autobeneficiarse ofreciendo derechos como sobornos; iii) la presencia de esa consulta final a la ciudadanía promueve (y viene a justificar) que el proceso de creación se realice a puertas cerradas, porque la ciudadanía "tendrá su chance de hablar".

Gracias a ejemplos como los citados, hoy sabemos que las experiencias asamblearias pueden funcionar bien y que, más allá de sus resultados (muchas veces sustantivamente atractivos), constituyen experiencias democráticas, enriquecedoras, transformadoras: las sociedades salen de ellas mucho mejores. Dicho esto, debo agregar una nota importante de cautela. En la actualidad, si bien sabemos del valor de tales asambleas, somos conscientes de que, en razón de ese éxito, tales experiencias ingresaron ya en su zona de riesgo, al convertirse en un objeto apetecible para los viejos poderes establecidos. Este punto de alerta es tan relevante como la promesa que representan. En efecto, tenemos que ponernos en guardia frente al esperado fenómeno de colonización de las nuevas instituciones por parte de las instituciones y autoridades ya establecidas. Tal vez no haya ejemplo más llamativo de esa colonización de lo nuevo por lo viejo que la resistencia mostrada por el Parlamento de Islandia frente a su Constitución "hecha por la ciudadanía" (2010-2013): se trató de un experimento de creación constitucional de base puramente popular (un experimento que concitó el fervor

popular interno, tanto como la atención y la admiración internacional), que, en su sentido formal, terminó abolido por el viejo Parlamento, una vez menguada la crisis socioeconómica que había dado lugar al proceso constituyente, y algo recuperada de su perdida legitimidad por parte de las cuestionadas instituciones tradicionales.

Dentro de ese marco constitucional que necesita ser reconstruido, una pregunta fundamental –habitualmente no considerada– se relaciona con la pertinencia, en actuales contextos, del viejo esquema de organización de poderes (la tríada Ejecutivo, Legislativo, Judicial), que hoy sigue siendo característica y dominante en nuestras democracias constitucionales (un punto similar en Ackerman, 2000). Por supuesto, cuestionar y repensar la tríada de poderes –en qué sentido responden al tipo de sociedades que tenemos, a los problemas y dramas que hoy enfrentamos– no significa abrir la puerta a formas autoritarias o no democráticas de poder, todo lo contrario. Los principios de los que partimos exigen cambios institucionales profundos, radicales, pero en una dirección decisivamente más democrática que la actual. Esa idea de democracia aparece íntimamente vinculada con procesos colectivos, inclusivos, de discusión pública. Desde esta particular perspectiva, la alternativa del poder concentrado –propia de los modelos de tipo presidencialista– resulta inaceptable, ya que contradice por completo el sentido y propósito de lo que aquí se sugiere. De modo similar, las formas tradicionales de organización de los poderes Legislativo y Judicial resultan, por otras razones, igualmente cuestionables. Por un lado, no tiene sentido contar con centenares de legisladores desvinculados de sus electores, sin asumir responsabilidad ante la ciudadanía, empeñados en expandir sus propios beneficios, incentivados institucionalmente a repartir privilegios y mutuas protecciones con los miembros de las otras ramas de gobierno. En efecto, una vez que se abandona, por irrealizable, el ideal del Legislativo como espejo de la sociedad, y mucho más cuando el control de las autoridades se imposibilita, resulta claro que las formas de la representación ciudadana deben ser repensadas, a los fines de canalizar la voz pública de otra forma (de allí, otra vez, el atractivo de las asambleas ciudadanas convocadas para temas específicos).

Por otro lado, tampoco tiene sentido seguir concibiendo el Poder Judicial como todavía lo hacemos hoy, en los contextos más diversos. Es decir, un Poder Judicial capacitado para ocuparse de todas las cuestiones constitucionales relevantes, habilitado a pronunciar sobre ellas (en los hechos) la última palabra legal, que actúa sobre la base de supuestos conocimientos diferenciales (elitismo epistémico), y lo hace –institucionalmente– de un modo desvinculado de la

sociedad (too far removed): básicamente ajeno a sus intervenciones, desacuerdos y controles. En todos sus aspectos remanentes, la estructura judicial debe considerarse hoy fallida, llamada a su radical reconstrucción. Y, al repensar esas estructuras judiciales, deberemos abandonar el modelo teórico prevaleciente, basado en el ideal filosófico que vincula la imparcialidad con la reflexión aislada de los individuos más preparados, para comenzar a fundar la imparcialidad y la justicia del modo contrario, esto es, vinculándola con procesos de reflexión colectiva.

Por supuesto, en sociedades compuestas por millones de personas, es obvio que resulta imposible la alternativa de juntarnos todos, todo el tiempo, para discutir todos nuestros problemas, en la plaza pública (o frente a nuestras computadoras), ni para resolver nuestros miles de problemas administrativos, ni para decidir todos los conflictos que se generen entre nuestros conciudadanos.[26] Indudablemente, y por razones de división del trabajo (y no por otras vinculadas con nuestra supuesta carencia de habilidades intelectuales), necesitamos delegar ciertas tareas en el funcionariado estatal y en cuerpos administrativos predeterminados.

Tal vez entonces, en un primer nivel básico de nuestra organización común, debamos contar con cuerpos administrativos y magistrados dedicados a llevar adelante la gestión de las cosas: desde la recaudación de impuestos a la resolución de conflictos individuales. En materia judicial, muchas decisiones de importancia local pueden quedar en manos de jurados populares, que en todo el mundo han demostrado tanta sensatez como pueden hacerlo los jueces profesionales, pero con más parsimonia que ellos, a pesar de que, en la actualidad, su funcionamiento se encuentre indebida e inaceptablemente reducido a cuestiones penales graves y a respuestas binarias del tipo “culpable o no culpable”, aunque parte de la doctrina penal se pronuncie contra ello.[27] Los jurados –para cuestiones que excedan la materia penal y con responsabilidades mayores– pueden resultar, además, una herramienta excepcional de construcción de civilidad, como bien lo había entendido Tocqueville. Cabe subrayar, además, que en absoluto implican la justicia por aclamación, o la justicia a partir de pasiones: por el contrario, son la demostración viva del valor de procedimientos bien diseñados, que obligan a los jurados a revisar las pruebas, a escuchar las voces en conflicto, a mirar a los ojos a los imputados.

En un segundo nivel, las decisiones más relevantes de tipo local (desde qué escala de impuestos fijar a cómo o dónde invertir los recursos comunes, o cómo

posicionarse frente a proyectos mineros capaces de dañar el ambiente) pueden quedar en manos de asambleas limitadas en número, al estilo de los minipúblicos, o de la comunidad entera, recuperando la arraigada tradición democrática de las town meetings o de los cabildos comunales.

Finalmente, las determinaciones políticas más divisivas o relevantes para la comunidad, así como los conflictos de interpretación constitucional más importantes (cómo pensar los límites entre lo público y lo privado, los contenidos y alcances de los derechos fundamentales), pueden quedar sujetos a debates públicos y procesos decisorios inclusivos, como los expresados en las referidas asambleas ciudadanas, u otros similares. Las decisiones del caso incluyen no solo temas de controversia política, sino también asuntos de responsabilización sobre las autoridades públicas (por ejemplo, jurados populares para casos de corrupción), hoy reservados a la clase dirigente, más interesada en la autoprotección del conjunto o el castigo al adversario que en cuestiones de transparencia institucional.

Tales debates pueden ser estimulados, ayudados o coordinados por las instituciones de representación y delegación de autoridad, pero la discusión de fondo y la decisión final sobre tales cuestiones deben quedar, en todo caso, en manos de sus dueños: la ciudadanía.

Algo de lo que ahora sabemos

El socialismo nos releva de la sórdida necesidad de vivir para otros.

Oscar Wilde, El alma del hombre bajo el socialismo

El socialismo es nuestra última tentativa de dejar atrás para siempre la “etapa predatoria del desarrollo humano”.

Albert Einstein, “¿Por qué socialismo?”

Comenzamos esta obra aludiendo al tipo de problemas democráticos que enfrentamos, desde hace décadas, caracterizados por una crisis, en cierta medida irremediable, del sistema institucional, levantamientos populares, una angustiosa y fallida búsqueda de alternativas institucionales. Aludimos, entonces, a algunos ejemplos salientes, capaces de ilustrar bien esos procesos de crisis: el Caracazo en Venezuela (1989), el “Que se vayan todos” en la Argentina (2001), los Indignados en España (2011), la búsqueda de reelección, a toda costa, en Bolivia (2019), el estallido social en Chile (2019). Tales ilustraciones nos ayudaban a reconocer, en particular, lo fallido de las respuestas sociales e institucionales ofrecidas en cada caso (también, especialmente, desde la izquierda) ante la debacle del sistema de gobierno.

Mi expectativa es que, al concluir la lectura de este pequeño libro, hayamos quedado en mejores condiciones de reconocer por qué aquellas respuestas no resultaron atractivas o plausibles, y hacia dónde podríamos dirigirnos, en la actualidad, en busca de alternativas. En el marco de tales discusiones, el derecho de izquierda aparece como un medio para perfeccionar el análisis de los problemas que afectan hoy a nuestras democracias constitucionales, calibrar mejor nuestras críticas frente a esos problemas y valorar e imaginar de otro modo las alternativas institucionales disponibles. Más específicamente, los

desarrollos que he presentado en las páginas anteriores, en nombre del derecho de izquierda, nos ayudan a entender mejor (así lo espero), cuestiones como las siguientes:

Por qué el ideal del autogobierno exige democratizar un constitucionalismo que, con el paso del tiempo, fue convirtiéndose en una restrictiva coraza sobre la democracia.

Por qué el ideal de la autonomía personal insiste en la protección de la moral personal o, en otros términos, por qué el fortalecimiento democrático no debe hacerse aceptando el costo de la restricción de las libertades personales. El socavamiento de los derechos individuales no resulta ni lógica ni políticamente necesario para revigorizar la democracia.

Por qué puede considerarse que el viejo sistema institucional (montado sobre una idea arcaica de la división de poderes entre las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, en la cual la ciudadanía, que debería ser protagonista, aparece desplazada del poder en la práctica) ha fallado en tanto sistema diseñado para una sociedad que ya no existe, ni volverá a existir, y para responder a problemas públicos que no son los principales que hoy nos afectan; por qué resulta normativamente inaceptable y, en tal sentido, merece ser reemplazado por un modelo diferente.

Por qué debemos refundar sobre otras bases filosóficas el constitucionalismo (en particular, el sistema judicial), hoy apoyado en ideas elitistas y de desconfianza democrática hacia la ciudadanía (en los casos más preocupantes, en la superioridad epistémica de ciertos funcionarios y magistrados).

Por qué la reconstrucción de la división de poderes requiere rechazar –en lugar de “optar por”– la delegación y concentración del poder en uno o unos pocos (la posibilidad de esa concentración en el Ejecutivo representa directamente la antítesis del ideal del autogobierno democrático).

Por qué el viejo sistema representativo perdió razón de ser y ya no sirve al propósito para el que fue creado: el tipo de sociedad que se pretendió representar en un momento (poco numerosa, dividida en un número limitado de grupos, internamente homogéneos) no existe más ni puede volver a existir, en el marco de nuestras comunidades multiculturales.

Por qué el sistema del voto periódico merece ser trascendido –ya que la democracia no consiste solo, ni sobre todo, en votar, sino en conversar, y el voto tiende a impedir o reemplazar la conversación– y dejado de lado en parte, a la luz de los problemas que genera sobre el electorado (como el de la extorsión electoral, que fuerza al electorado a votar por lo que repudia, como modo de tal vez hacer posible la concreción de lo que demanda).

Por qué no debe confundirse la propuesta de más democracia con la de establecer un sistema plebiscitario o populista, en que el papel democrático de la ciudadanía aparece restringido al acto de votar, aunque se trate de hacerlo más veces.

Por qué el sistema de frenos y contrapesos (diseñado desde sus orígenes para canalizar institucionalmente la guerra civil) debe ser reemplazado por otro funcional al diálogo público, ya que de lo que se trata es de utilizar las instituciones no para evitar la guerra, sino para promover el diálogo.

Por qué la democracia constitucional debe considerarse injusta o injustificada cuando permite que algunos de los individuos o grupos que la integran sufran

por razones ajenas a su responsabilidad, o convive con situaciones en las que pobres, mujeres, comunidades indígenas son tratados como subclases o castas, permitiendo que diferencias moralmente irrelevantes se conviertan en desventajas sistémicas.

Por qué el sistema institucional debe dejar de funcionar a partir del combustible del autointerés, y comenzar a abrir oportunidades para el involucramiento cívico de la ciudadanía: en este sentido, apostar al cultivo de la virtud cívica.

Por qué ciertos actos de protesta contrainstitucional (o aun ciertos actos de resistencia al derecho) merecen ser reivindicados, antes que perseguidos, desde un compromiso fuerte con la democracia y los derechos, en especial cuando el sistema institucional deja de ser sensible a las quejas y críticas de la ciudadanía.

Por qué los arreglos económicos forman parte de la misma estructura básica que los arreglos constitucionales, y por qué alternativas como las del socialismo de mercado o la democracia de propietarios parecen, en principio, más respetuosas de nuestros compromisos con la democracia y con la libertad personal, frente a los arreglos institucionales hoy prevalecientes.

Por qué, en definitiva, tiene sentido moldear el constitucionalismo conforme a los principios de la conversación entre iguales.

Las bases jurídicas de nuestros países se erigieron teniendo en mente problemas, como evitar la guerra civil entre facciones o la cuestión religiosa, que no son los que hoy más nos preocupan; pensando en sociedades que no son las actuales, sino otras que ya no existen ni volverán (sociedades pequeñas, divididas en pocos grupos internamente homogéneos –ricos y pobres, mayorías y minorías o

grandes y pequeños propietarios–); y a partir de supuestos (elitistas, por lo general) que hoy directamente repudiamos (por ejemplo, la desconfianza hacia la ciudadanía o los moralmente perfeccionistas, entre otros). Frente a tales diseños institucionales, el derecho de izquierda reclama fundar el derecho sobre ideas y principios diferentes. El derecho de izquierda demanda que el derecho se oriente a atender, de manera prioritaria, los dramas de nuestro tiempo, como la desigualdad; que lo haga tomando como punto de partida sociedades como las que hoy existen, multiculturales, compuestas por miles de grupos internamente heterogéneos, y sobre la base de supuestos por completo diversos: el indeclinable respeto por las opciones morales de cada uno y la plena confianza en la capacidad colectiva para el autogobierno democrático.

▪

[24] Para Piketty, debería entregarse a los trabajadores o sus representantes “la mitad de los derechos de voto en los consejos de administración o de dirección de todas las empresas privadas, incluyendo las más pequeñas” (Piketty, 2019: 1119).

[25] No estoy considerando otras alternativas de interés, como la del “ingreso básico” que impulsaron autores como Van Parijs, en Europa; o Rubén Lo Vuolo, en América Latina (véanse Van Parijs y Vanderborght, 2017; Lo Vuolo, 1995).

[26] Digo lo anterior, también, con cierta ironía y cierto escepticismo frente a los intentos de la “democracia electrónica”, que no solo invitan a dinámicas de polarización difíciles de remediar (Sunstein, 2009), sino que apuestan a formas de decisión sin deliberación, incompatibles con los ideales de la conversación entre iguales.

[27] Frente a intentos concretos de poner en práctica la institución del jurado, Zaffaroni sostuvo que tal iniciativa debía considerarse un disparate, capaz de dar lugar a “una demagogia vindicativa y a una corrupción terrible”, que permitiría la victoria de “los ignorantes, solventados por intereses de los poderosos o vendidos a ellos”. Véase, por ejemplo, Zaffaroni (2013). En Zaffaroni (1994), sin embargo, no niega la posibilidad del jurado.

Bibliografía

Sobre democracia, crisis democrática y cambio institucional

Ackerman, B. (2000), “The New Separation of Powers”, Harvard Law Review, 113(3): 633-725.

Barber, B. (1984), Strong Democracy. Paticipatory Politics for a New Age, Oakland, University of California Press.

Bentham, J. (2022), The Book of Fallacies, Londres, Legare Street Press.

Besson, S. y J. L. Martí (2017), Deliberative Democracy and Its Discontents, Londres, Routledge.

Brennan, G. y L. Lomasky (2008), Democracy and Decision, Cambridge, Cambridge University Press.

Brennan, J. (2017), Against Democracy, Princeton, Princeton University Press [ed. cast.: Contra la democracia, Barcelona, Deusto, 2018].

Brest, P. (1980), “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, Boston University Law Review, 60: 204-238.

Buchanan, A. (1985), Ethics, Efficiency, and the Market, Nueva Jersey, Rowman & Allanheld.

Buchanan, J. y G. Tullock (1999), The Calculus of Consent, Indianápolis, Liberty Fund Press.

Colón-Ríos, J. (2020), Constituent Power and the Law, Oxford, Oxford University Press.

Crozier, M., S. Huntington y J. Watanuki (1975), The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission, Nueva York, New York University Press.

Dahl, R. (1956), A Preface to Democratic Theory, Chicago, University of Chicago Press [ed. cast.: Un prefacio a la teoría democrática, Buenos Aires, GEL, 1989].

— (1989), Democracy and its Critics, New Haven, Yale University Press [ed. cast.: La democracia y sus críticos, Barcelona, Paidós, 1992].

— (2003), How Democratic Is the American Constitution?, New Haven, Yale University Press [ed. cast.: ¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?, Buenos Aires, FCE, 2003].

Dunn, J. (1992), Democracy: The Unfinished Journey, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: Democracia. El viaje inacabado, Barcelona, Tusquets, 1995].

Elster, J. (1995), “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, Duke Law Journal, 45: 364-396.

— (1998), Deliberative Democracy, Cambridge, Cambridge University Press [ed. cast.: La democracia deliberativa, Madrid, Marcial Pons, 1998].

— (2000), Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints, Cambridge, Cambridge University Press [ed. cast.: Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, México, FCE, 2014].

Elster, J. y R. Slagstad (eds., 1993), Constitutionalism and Democracy, Cambridge, Cambridge University Press [ed. cast.: Constitucionalismo y democracia, México, FCE, 1999].

Farrand, M. (ed., 1937), The Records of the Federal Convention of 1787, Connecticut, Yale University Press; disponible online la ed. de 1911 en <oll.libertyfund.org/title/farrand-the-records-of-the-federal-convention-of-1787-3vols>.

Farrell, D., J. Suiter y C. Harris (2019), “Systematizing Constitutional Deliberation: The 2016-2018 Citizens’ Assembly in Ireland”, Irish Political Studies, 34(1): 113-123.

Frankenberg, G. (2021), Authoritarianism: Constitutional Perspectives, Londres, Elgar Press.

Gargarella, R. (1996), Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo, Buenos Aires, Miño y Dávila.

— (2010), The Legal Foundations of Inequality. Constitucionalism in the Americas, 1776-1860, Cambridge, Cambridge University Press [ed. cast.: Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860), Madrid, Siglo XXI, 2005].

— (2013), Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, Katz, 2014].

— (2014), “La izquierda que no es. Sobre el concepto de ‘izquierda’ en The Resurgence of the American Left”, Política y Gobierno, 21(2): 443-477.

— (2021), El derecho como una conversación entre iguales, Buenos Aires, Siglo XXI.

— (2022), “Restoring Democracy in a Multiracial Society”, California Law Review, 110: 2023-2034.

Gervasoni, C. (2018), Hybrid Regimes within Democracies: Fiscal Federalism and Subnational Rentier States, Cambridge, Cambridge University Press.

Gutman, A. (1993), “Democracy”, en R. Goodin y P. Pettit, A Companion to Contemporary Political Philosophy, Oxford, Blackwell.

Habermas, J. (1975), Legitimation Crisis, Nueva York, Beacon Press [ed. cast.: Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Buenos Aires, Amorrortu, 1991].

— (1996), Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy, Cambridge, MIT Press [ed. cast.: Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 2010].

— (2001), “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, Political Theory, 29(6): 767.

Hamilton, A., J. Madison y J. Jay (1982), The Federalist Papers, Londres, Bantam Books.

Holmes, S. (1993), “Precommitment and the Paradox of Democracy”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 195-240.

Huntington, S. (1983), American Politics. The Promise of Disharmony, Cambridge, Harvard University Press.

Lafont, C. (2020), Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: Democracia sin atajos, Madrid, Trotta, 2021].

Landemore, H. (2013), Democratic Reason, Princeton, Princeton University Press.

— (2020), Open Democracy. Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century, Princeton, Princeton University Press.

Levinson, S. (2008), Our Undemocratic Constitution, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: Nuestra Constitución antidemocrática, Barcelona, Ariel, 2018].

Levitsky, S. y K. Roberts (eds., 2011), The Resurgence of the Latin American Left, Baltimore, Johns Hopkins University Press.

Levitsky, S. y D. Ziblatt (2018), How Democracies Die. What History Reveals About Our Future, Nueva York, Crown [ed. cast.: Cómo mueren las democracias. Lo que la historia revela sobre nuestro futuro, Barcelona, Ariel, 2018].

Linz, J. y A. Stepan (1978), The Breakdown of Democratic Regimes, Baltimore, John Hopkins University Press.

Linz, J. y A. Valenzuela (1994), The Failure of Presidential Democracy, Baltimore, John Hopkins University Press.

Lo Vuolo, R. (ed.) (1995), Contra la exclusión, Buenos Aires, Miño y Dávila.

Loughlin, M. (2022), Against Constitutionalism, Cambridge, Harvard University Press.

Manin, B. (1987), “On Legitimacy and Political Deliberation”, Political Theory, 15(3): 338-368.

— (1997), The Principles of Representative Government, Cambridge,

Cambridge University Press [ed. cast.: Los principios del gobierno representativo, Madrid, Alianza, 2017].

Mansbridge, J. (2018), Participation, Deliberation, Legitimate Coercion, Londres, Routledge.

Martinico, G. (2021), Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective, Cambridge, Cambridge University Press.

Murillo, M. V., V. Oliveros y M. Vaishnav (2011), “Economic Constraints and Presidential Agency”, en S. Levitsky y K. Roberts (eds.), The Resurgence of the Latin American Left, Baltimore, Johns Hopkins University Press, pp. 52-70.

Nino, C. (ed., 1987), Presidencialismo vs. parlamentarismo, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Pettit, P. (2012), On the People’s Terms. A Republican Theory and Model of Democracy, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2014), Just Freedom, Londres, Norton & Co.

Peruzzotti, E. (2021), “La teoría democrática de Laclau y sus limitaciones. Analizando al populismo como ejercicio de poder”, PolHis, 14(27): 68-98.

Pincione, G. y F. Tesón (2017), Rational Choice and Democratic Deliberation. A Theory of Disclosure Failure, Cambridge, Cambridge University Press.

Posner, E. y A. Vermeule (2010), The Executive Unbound. After the Madisonian Republic, Oxford, Oxford University Press.

Rabasa, E. (1986), El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917, México, IIJ-UNAM.

Schumpeter, J. (2008), Capitalism, Socialism and Democracy, Londres, Harper Classics [ed. cast.: Capitalismo, socialismo y democracia, 2 vols., Barcelona, Página Indómita, 2015].

Suteu, S. (2015), “Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland”, Boston College International and Comparative Law Review, 38(2): 251-276.

Suteu, S. y S. Tierney (2018), “Squaring the Circle? Bringing Deliberation and Participation Together in Processes of Constitution-Making”, en R. Levy y otros (eds.), The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism, Cambridge, Cambridge University Press.

Urbinati, N. (2008), Representative Democracy, Chicago, University of Chicago Press.

Van Parijs, P. y Y. Vanderborght (2017), Basic Income, Cambridge, Harvard U. P.

Vile, M. (1967), Constitutionalism and the Separation of Powers, Oxford, Clarendon Press [ed. cast.: Constitucionalismo y separación de poderes, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007].

Sobre derechos, Poder Judicial y protesta

Abramovich, V. y C. Courtis (2002), Los derechos sociales como derechos exigibles, Barcelona, Trotta.

Abramovich, V. y L. Pautassi (comps., 2009), La revisión judicial de las políticas sociales, Buenos Aires, Del Puerto.

Ackerman, B. (1991), We the People, Cambridge, Belknap Press [ed. cast.: We the People. Fundamentos de historia constitucional estadounidense, 3 vols., Quito, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2015].

— (2018), The Civil Rights Revolution, Cambridge, Harvard University Press.

Alexy, R. (2002), A Theory of Constitutional Rights, Oxford, Oxford University Press.

— (2005), "Balancing, Constitutional Review, and Representation", International Journal of Constitutional Law, 3(4): 572-581.

— (2021), Law's Ideal Dimension, Oxford, Oxford University Press.

Atienza, M. (2018), Marx y los derechos humanos, Lima, Palestra.

Atria, F. (2016), La forma del derecho, Madrid, Marcial Pons.

Bedau, H. (1961), “On Civil Desobedience”, Journal of Philosophy, 58(21): 653-665.

— (1991), “Punitive Violence and Its Alternatives”, en J. Brady y N. Garver (eds.), Justice, Law, and Violence, Filadelfia, Temple University Press, pp. 193-209.

Bellamy, R. (2007), Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy, Cambridge, Cambridge University Press.

Bergallo, P. y A. Ramón Michel (2018), “La constitucionalización del aborto y sus encuadres en las altas cortes de América Latina”, en A. Ramon Michel y P. Bergallo, La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto, Buenos Aires, Eudeba.

Besson, S. y J. Tasioulas (eds., 2008), Philosophy of International Law, Oxford, Oxford University Press.

Bickel, A. (1962), The Least Dangerous Branch, New Haven, Yale University Press [ed. cast.: La rama menos peligrosa, México, FCE, 2020].

Braithwaite, J. (1997), “On Speaking Softly and Carrying Big Sticks”, University of Toronto Law Journal, 47: 305.

Braithwaite, J. y P. Pettit (1990), Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law, Oxford, Clarendon Press [ed. cast.: No solo su merecido, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015].

Carrera, M. L., N. Saralegui Ferrante y G. Orrego Hoyos (2020), Dicen que tuve un bebé, Buenos Aires, Siglo XXI.

Christie, N. (1977), “Conflicts as Property”, British Journal of Sociology, 17(1): 1-15.

— (1981), Limits to Pain, Oxford, Martin Robertson and Co.

Contesse, J. (2016), “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, Law & Contemporary Problems, 79(2), disponible en <ssrn.com/abstract=2799476>.

Cover, R. (1986), “Violence and the Word”, Yale Law Journal, 95(8): 1601-1629.

Dixon, R. (2018), “Constitutional Rights as Bribes”, Connecticut Law Review, 50(3): 767-818.

Dixon, R. y V. Jackson (2013), “Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests”, Wake Forest Law Review, 48(1): 149-209.

Duff, A. (1998), “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, Oxford Journal of Legal Studies, 18(2): 189-206.

— (2001), Punishment, Communication, and Community, Oxford, Oxford University Press.

— (2004), “I Might Be Guilty, But You Can’t Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial”, Ohio State Journal of Criminal Law, 1: 245.

— (2008), “Authority and Responsibility in International Criminal Law”, en S. Besson y J. Tasioulas (eds.), Philosophy of International Law, Oxford, Oxford University Press, pp. 589-604.

Dworkin, R. (1977), Taking Rights Seriously, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1984].

— (1985), A Matter of Principle, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: Una cuestión de principios, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012].

— (1996), Freedom’s Law, Cambridge, Harvard University Press.

Dyzenhaus, D. (1997), “Legal Theory in the Collapse of Weimar”, American Political Science Review, 91(1): 121-134, disponible en <www.jstor.org/stable/2952263>.

— (2004), “The Left and the Question of Law”, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 1(1): 7-30.

— (2010), Hard Cases in Wicked Legal System, Oxford, Oxford University Press.

— (2012), “Constitutionalism in an Old Key. Legality and Constituent Power”, Global Constitutionalism, 1(2): 229-260.

Ely, J. (1980), Democracy and Distrust, Cambridge, Harvard University Press.

Engels, F. (2009), The Condition of the Working Class in England, Oxford, Penguin Oxford Classics [ed. cast.: La situación de la clase obrera en Inglaterra, Madrid, Akal, 2020].

Escasena, J. (1984), La evolución de la legalidad en Cuba, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales.

Fabbrini, F. (2015), “The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison”, en M. Andenas, E. Bjorge, G. Bianco (eds.), A Future for the Margin of Appreciation?, iCourts Working Paper Series nº 15.

Fabre, C. (2000), Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life, Oxford, Oxford University Press.

Feinberg, J. (1985), Harm to Others, Oxford, Oxford University Press.

Ferrajoli, L. (2013), La democrazia attraverso i diritti, Roma, Laterza [ed. cast.: La democracia a través de los derechos, Madrid, Trotta, 2019].

— (2016), “El plebiscito no era necesario para legitimar la paz, y menos para deslegitimarla”, Semana, 25 de octubre de 2016, disponible en <www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096/>.

Filmer, R. (2021), Patriarcha, Londres, Imperium Press.

Fiss, O. (1976), “Groups and the Equal Protection Clause”, Philosophy and Public Affairs, 5(2): 107-177.

Fossum, J. y P. Schlesinger (eds., 2007), The European Union and the Public Sphere: A Communicative Space in the Making?, Londres, Routledge Studies.

Gargarella, R. (2005), El derecho a resistir el derecho, Buenos Aires, Miño y Dávila.

— (2019), Castigar al prójimo, Buenos Aires, Siglo XXI.

— (2020), “From ‘Democracy and Distrust’ to a Contextually Situated Dialogic Theory”, International Journal of Constitutional Law, 18(4): 1466-1473, disponible en <doi.org/10.1093/icon/moaa094>.

Gargarella, R., P. Domingo y T. Roux (2017), Courts and Social Transformation in New Democracies, Londres, Routledge.

Gargarella, R., L. Filippini y A. Cavana (2011), Recientes reformas constitucionales en América Latina, Reporte UNDP.

Glendon, M. A. (1993), Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse, Nueva York, Free Press.

Gloppen, S. y otros (coords.) (2010), Courts and Power in Latin America and Africa, Palgrave Macmillan.

Hampton, J. (1993), “Contract and Consent”, en R. Goodin y P. Pettit, A Companion to Contemporary Political Philosophy, Oxford, Blackwell.

Hart, H. (1968), Punishment and Responsibility, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: Castigo y responsabilidad, Madrid, Marcial Pons, 2019].

Huneeus, A. (2011), “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, Legal Studies Research Paper Series, 1168, University of Wisconsin Law School, disponible en <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911405>.

Iglesias Vila, M. (2013), “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH. En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, presentado al SELA, disponible en <law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_2

Kymlicka, W. (1993), “The Social Contract Tradition”, en P. Singer (ed.), A Companion to Ethics, Oxford, Blackwell [ed. cast.: Compendio de ética, Madrid, Alianza].

— (1996), Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Barcelona, Paidós, 2006].

Langford, M. (2008), Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in

International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press.

Locke, J. (2016), The First and Second Treatises of Government, Londres, Independent Publishing Platform [ed. cast.: Tratado sobre el gobierno civil, Buenos Aires, Claridad, 2005; Segundo Tratado…, Madrid, Alianza, 2014].

Murphy, J. (1973), “Marxism and Retribution”, Philosophy and Public Affairs, 2(3): 217-243.

Nino, C. (1990), Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Barcelona, Ariel.

— (1991), The Ethics of Human Rights, Oxford, Oxford University Press.

— (2017), Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea.

Nozick, R. (1973), Anarchy, State and Utopia, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: Anarquía, Estado y utopía, México, FCE, 1988].

Núñez, L. (coord., 2023), Feminismos, derecho, derechos y justicias frente al Neoliberalismo, México, UNAM.

Post, R. y R. Siegel (2007), “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 42: 373-433.

Rodríguez Garavito, C. (2011), “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial

Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", Texas Law Review, 89(7): 1669-1698.

Rodríguez Garavito, C. y L. Arenes (2005), "Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization: The Struggle of the U'wa People in Colombia", en B. de Sousa Santos y C. Rodríguez-Garavito (eds.), Law and Globalization from Below, Cambridge, Cambridge University Press.

Rosenberg, G. (1991), The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?, Illinois, University of Chicago Press.

Rouaix, P. (1959), Génesis de los arts. 27 y 123 de la Constitución política de 1917, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.

Rubio-Marín, R. (2021), "On Constitutionalism and Women's Citizenship", Current Legal Problems, vol. 74: 361-402.

— (2022), Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship, Cambridge, Cambridge University Press.

Sayeg Helú, J. (1974), El constitucionalismo social mexicano, 3 vols., México, Edición de Cultura y Ciencia Política.

Scalia, A. (1997), A Matter of Interpretation, Princeton, Princeton University Press.

— (2005), "Law and Language", First Things, nº 11, disponible en

<www.firstthings.com/article/2005/11/law–language-26>.

Scanlon, T. (1984), “Rights, Goals and Fairness”, en J. Waldron (ed.), Theories of Rights, Oxford, Oxford University Press.

Skinner, Q. (1998), Liberty before Liberalism, Cambridge, Cambridge University Press.

Somin, I. (2013), Democracy and Political Ignorance, California, Stanford Law and Politics.

Strauss, D. (2010), The Living Constitution, Oxford, Oxford University Press.

Sunstein, C. (2006), The Second Bill of Rights, Nueva York, Basic Books [ed. cast.: Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018].

— (2009), Republic.com 2.0, Princeton, Princeton University Press.

Tonry, M. (1995), Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment, Nueva York, Oxford University Press.

Uprimny, R., C. Rodríguez-Garavito, M. García Villegas (2006), ¿Justicia para todos? Bogotá, Norma.

Von Hirsch, A. (1976), Doing Justice, Nueva York, Hill and Wang.

Waldron, J. (1999), Law and Disagreement, Oxford, Oxford University Press [ed. cast.: Derecho y desacuerdos, Barcelona, Marcial Pons, 2005].

Zaffaroni, E. (1988), Tratado de derecho penal, Buenos Aires, Ediar.

— (1994), Estructuras judiciales, Buenos Aires, Ediar.

— (2013), “El desafío de repensar lo judicial me entusiasma”, entrevista de Martín Granovsky, Página/12, 14 de enero, disponible en <www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211819-2013-2001-2014.html>.

— (2014), “Zaffaroni pidió no debatir el nuevo Código Penal ‘en la esquina o en los medios de comunicación’”, Infobae, 21 de abril, disponible en <www.infobae.com/2014/04/21/1558841-zaffaroni-pidio-no-debatir-el-nuevo-codigo-penal-en-la-esquina-o-los-medios-comunicacion/>.

Lecturas críticas sobre el derecho, el cambio social y el socialismo

Arendt, H. (2018), La libertad de ser libres, Madrid, Taurus.

Aylmer, G. (ed., 1975), The Levellers in the English Revolution, Ithaca, Cornell University Press.

Azcuy, H. (2010), Análisis de la Constitución cubana y otros ensayos, La

Habana, Instituto Cubano de Investigación - Ruth Casa Editorial.

Balkin, J. (1995), “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, Yale Law Journal, 104(7): 1935-1990.

Bilbao, F. (1886), El gobierno de la libertad, Manuel Bilbao (ed.), vol. 1, Buenos Aires, Imprenta de Buenos Aires.

Blalock, C. (2022), “Law and the Critique of Capitalism”, South Atlantic Quarterly, 121(2): 223-237.

Bobbio, N. (1995), Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione política, 2ª ed., Roma, Donzelli [ed. cast.: Derecha e izquierda, Madrid, Taurus, 1996].

Bobbio, N. y N. Matteucci (eds., 1981), Diccionario de política, Madrid, Siglo XXI.

Bogdanor, V. (ed., 1987), The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions, Oxford, Basil Blackwell [ed. cast.: Enciclopedia de las instituciones políticas, Madrid, Alianza, 1991].

Bonger, W. (2019), Criminality and Economic Condition, Londres, Wentworth Press.

Chehtman, A. (2011), The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment, Oxford, Oxford University Press.

Cohen, G. (1979), “The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation”, Philosophy and Public Affairs, 8(4): 338-360.

— (1995), Self-Ownership, Freedom and Equality, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2010), Why not Socialism?, Princeton, Princeton University Press [ed. cast.: “¿Por qué no el socialismo?”, en Cohen (2014)].

— (2014), Por una vuelta al socialismo, Buenos Aires, Siglo XXI.

Cohen, J. (2010), Rousseau. A Free Community of Equals, Oxford, Oxford University Press.

Cole, G. D. H. (2020), Historia del pensamiento socialista, vol. 1, México, FCE.

Cone, C. (1968), The English Jacobins, Nueva York, Scribner.

Einstein, A. (1949), “Why socialism?”, Monthly Review, 61(1): 55-61, [ed. cast.: “¿Por qué socialismo?”, disponible en <www.marxists.org/espanol/einstein/por_que.htm>].

Elster, J. (1985), Making Sense of Marx, Cambridge, Cambridge University Press.

— (1988), Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality, Cambridge, Cambridge University Press [ed. cast.: Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, México, FCE, 2014].

— (1990), An Introduction to Karl Marx, Cambridge, Cambridge University Press.

Esping-Andersen, G. (1990), The Three Worlds of Welfare Capitalism, Princeton, Princeton University Press.

Fernández-Rubio Legrá, A. (1985), El proceso de institucionalización de la Revolución cubana, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales.

Ferrara, G. (1979), "Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo", Democrazia e Diritto, 4(5): 540.

Fishkin, J. y W. Forbath (2022), The Anti-Oligarchy Constitution, Cambridge, Harvard University Press.

Forner, P. (ed., 1945), The Complete Writings of Thomas Paine, Nueva York, The Citadel Press.

Forst, R. (2013), Justification and Critique. Towards a Critical Theory of Politics, Nueva York, Polity Press.

Frondizi, S. (1961), La revolución cubana, Montevideo, Ciencias Políticas.

Gago, V. (2019), La potencia feminista. O el deseo de cambiarlo todo, Madrid, Traficantes de Sueños.

Gargarella, R. (1999), Las teorías de la justicia después de Rawls, España, Paidós.

— (2014), “La izquierda que no es. Sobre el concepto de ‘izquierda’ en The Resurgence of the Latin American Left”, Política y Gobierno, 21(2): 443-477.

Gazmuri, G. (1992), El “48” chileno. Igualitarios, reformistas, radicales, masones y bomberos, Santiago de Chile, Editorial Universitaria.

Gilabert, P. (2023), Human Dignity and Social Justice, Óxford, Oxford University Press.

Gootenberg, P. (1993), “Imagining Development. Economic Ideas in Peru’s ‘Fictious Prosperity’ of Guano, 1840-1880”, en J. Love y N. Jacobsen, Guiding the Invisible Hand. Economic Liberalism and the State in Latin America History, Nueva York, Praeger.

Griffith, J. (1977), The Politics of the Judiciary, Londres, Fontana Press.

Groppi, T. (2021), Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale, Roma, Laterza.

Hale, C. (1986), “Political and Social Ideas in Latin America”, en L. Bethell (ed.), The Cambridge History of Latin America, Cambridge, Cambridge University Press, cap. 10.

Halperin Donghi, T. (1980), Proyecto y construcción de una nación (Argentina 1846-1880), Caracas, Biblioteca Ayacucho.

— (1985), Historia contemporánea de América Latina, Madrid, Alianza.

Harnecker, M. (1973), Los conceptos elementales del materialismo histórico, México, Siglo XXI.

Harrington, J. (1992), The Commonwealth of Oceana and A System of Politics Cambridge, Cambridge University Press.

Herrera, C. (1998), “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, Doxa, 21(2): 201-218.

Hobsbawm, E. (2017), Historia del siglo XX, Madrid, Crítica.

Husami, Z. (1978), “Marx on Distributive Justice”, Philosophy and Public Affairs, 8(1): 27-64.

Jaramillo Uribe, J. (1964), El pensamiento colombiano en el siglo XIX, Bogotá, Temis.

Jefferson, T. (1999), Political Writings, Cambridge, Cambridge University Press.

Kennedy, D. (1976), “Form and Substance in Private Law Adjudication”, Harvard Law Review, 89: 1685-1778.

Kramer, L. (2004), The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review, Oxford, Oxford University Press.

Laclau, E. (2014), La razón populista, México, FCE.

Lassalle, F. (2012), ¿Qué es una constitución?, Barcelona, Ariel.

Lavagna, C. (1977), Costituzione e socialismo, Bolonia, Il Mulino.

Lizarraga, F. (2020), “Comunidad y reciprocidad en el igualitarismo radical de Gerald A. Cohen”, en J. Busdygan (coord.), Rostros del igualitarismo. Discusiones y desafíos filosóficos, Teseo, disponible en <www.teseopress.com/rostrosdeligualitarismo>.

Lutz, D. (1988), The Origins of American Constitutionalism, Baton Rouge, Louisiana University Press.

MacKinnon, C. (1988), Feminism Unmodified, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: Feminismo inmodificado, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014].

Marx, K. (2006), Manuscritos económico-filosóficos de 1844, Buenos Aires, Colihue.

— (2003), La lucha de clases en Francia, Buenos Aires, Prometeo.

Marx, K. y F. Engels (1998), The German Ideology, Londres, Prometheus [ed. cast.: La ideología alemana, Madrid, Akal, 2014].

Michelman, F. (1979), "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", Washington University Law Quarterly, 4: 659-693.

Miller, R. (1984), Analyzing Marxism, Princeton, Princeton University Press.

Mouffe, C. (2018), For a Left Populism, Londres, Verso [ed. cast.: Por un populismo de izquierda, Buenos Aires, Siglo XXI, 2019].

Murillo Toro, M. (1979), Obras selectas, Bogotá, Cámara de Representantes.

Novoa Monreal, E. (1970), "¿Justicia de clase?", Mensaje, 19(187): 108-119.

Olivecrona, K. (2021), Law as Fact, Melbourne, Hassell St. Press.

O'Neill, M. y T. Williamson (2012), Property-Owning Democracy. Rawls and

Beyond, Londres, Wiley-Blackwell.

Paine, T. (1989), Political Writings, B. Kucklick (ed.), Cambridge, Cambridge University Press.

Parker, R. (1993), "'Here, the People Rule'. A Constitutional Populist Manifesto", Valparaiso University Law Review, 27(3): 531-584.

Peach, B. (ed., 1979), Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution, Durham, Duke University Press.

Peraza Chapeau, J. (1986), "Consideraciones en torno al concepto de Constitución", Revista Jurídica, 4(13): 184-197.

Pisarello, G. (2012), Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático, Quito, Corte Constitucional del Ecuador - Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Piketty, T. (2019), Capital et idéologie, París, Seuil [ed. cast.: Capital e ideología, Barcelona, Deusto, 2019].

— (2021), Time for Socialism, New Haven, Yale University Press.

Przeworski, A. y Sprague, J. (1986), Paper Stones: A History of Electoral Socialism, Chicago, University of Chicago Press.

Ramírez, S. (2015), Matriz constitucional, estado intercultural y derecho de los pueblos indígenas, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Rawls, J. (1971), A Theory of Justice, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: Teoría de la justicia, México, FCE, 2010].

— (1991), Political Liberalism, Nueva York, Columbia University Press [ed. cast.: El liberalismo político, Barcelona, Crítica, 2019].

— (1999), Collected Papers, Cambridge, Cambridge University Press.

— (2001), Justice as Fairness: A Restatement, Cambridge, Harvard University Press [ed. cast.: La justicia como equidad. Una reformulación, Barcelona, Paidós, 2012].

Rawls, J. y P. van Parijs (2003), “Three letters on The Law of Peoples and the European Union”, Revue de Philosophie Économique, 7: 7-20, disponible en <ethics.harvard.edu/files/center-for-ethics/files/2003.rawlsvanparijs.r.phil_.econ_.pdf>.

Roemer, J. (1982), A General Theory of Exploitation and Class, Cambridge, Harvard University Press.

— (1985), “Should Marxists Be Interested in Exploitation?”, Philosophy and Public Affairs, 14(1): 30-65.

— (1989), “What is Exploitation? Reply to Jeffrey Reiman”, Philosophy and Public Affairs, 18(1): 90-97.

Roemer, J. y P. Bardham (eds., 1993), Market Socialism. The Current Debate,

Cambridge, Cambridge University Press.

Rousseau, J. J. (1998), The Social Contract, Londres, Wordsworth [ed. cast.: El contrato social, Buenos Aires, Colihue, 2017].

— (2010), A Discourse on Inequality, Nueva York, Kessinger [ed. cast.: Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, Valencia, Tilde, 1997].

Safford, F. (1985), “Politics, Ideology and Society in Post-Independence Spanish America”, en L. Bethell (ed.), The Cambridge History of Latin America, Cambridge, Cambridge University Press, (3): 347-421.

Sánchez Viamonte, C. (1959), Manual de derecho político, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina.

Sandel, M. (1996), Democracy’s Discontent. America in Search of a Public Phylosophy, Cambridge, Harvard University Press.

Segato, R. (2021), La guerra contra las mujeres, Buenos Aires, Prometeo.

Siegel, R. (2001), “Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective”, University of Pennsylvania Law Review, 150: 297-351.

Sieyès, E. (1994), Écrits politiques, París, Archives Contemporaines.

Sobrevilla, N. (2002), “The Influence of the European 1848 Revolutions in Perú”, en G. Spano (2014), “Universality of Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, Human Rights Law Review, 14(3): 487-502.

Storing, H. (1981a), What the Anti-Federalists Were for, Chicago, The University of Chicago Press.

— (1981b), The Complete Anti-Federalist, Chicago, The University of Chicago Press.

Street, J. (1959), Artigas and the Emancipation of Uruguay, Cambridge, Cambridge University Press.

Sunstein, C. (1994), “The Anticaste Principle”, Michigan Law Review, 91(8): 2410, disponible en <repository.law.umich.edu/mlr/vol92/iss8/4>.

Svampa, M. (2019), Antropoceno. Lecturas globales desde el Sur, Córdoba, La Sofía Cartonera - Facultad de Filosofía y Humanidades (UNC).

Svampa, M. y E. Viale (comps., 2020), El colapso ecológico ya llegó, Buenos Aires, Siglo XXI.

Tarcus, H. (2020), El socialismo romántico en el Río de la Plata, Buenos Aires, FCE.

Thomson, G. (ed., 2002), The European Revolutions of 1848 and the Americas, Londres, Institute for the Study of the Americas.

Togliatti, P. (2017), Il 1956 e la via italiana al socialismo, Roma, Riuniti.

Tomkins, A. (2005), Our Republican Constitution, Oxford, Hart Publishing.

Tushnet, M. (1988), Red, White and Blue, Cambridge, Harvard University Press.

Unger, R. Mangabeira (1983), The Critical Legal Studies Movement, Londres, Routledge.

— (1987), “El sistema de gobierno que le conviene a Brasil”, en J. Sarán y J. M. Mayer (comps.), Presidencialismo vs. parlamentarismo: materiales para el estudio de la reforma constitucional, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia - Eudeba.

— (1996), What Should Legal Analysis Become?, Londres, Verso.

Urbinati, N. (2019), Me the People: How Populism Transforms Democracy, Cambridge, Harvard University Press.

Valdés Paz, J. (2009), El espacio y el límite. Estudios sobre el sistema político cubano, La Habana, Ruth Casa Editorial.

Waldron, J. (2004), “Property”, en E. Zalta (ed.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponible en <plato.stanford.edu/Archives/Win2004/entries/property/#5>.

West, R. (1989), “Feminism, Critical Social Theory, and Law”, University of Chicago Legal Forum, 1: 59.

Wilde, O. (1981), El alma del hombre bajo el socialismo, Barcelona, Tusquets.

Wood, G. (1969), The Creation of the American Republic, Nueva York, W. W. Norton & Company.

— (1992), The Radicalism of the American Revolution, Nueva York, Alfred Knopf.

— (2002), The American Revolution. A History, Nueva York, The Modern Library.

Yrigoyen Fajardo, R. (2011), “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en C. Rodríguez Garavito (comp.), El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires, Siglo XXI.